Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence* (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 8, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death* (April 8, 1981)
16. *The Jury* (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board* (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants* (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences* (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution* (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies: A Framework for Decision Making* (October 23, 1985)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case* (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences* (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice* (1977)
21. *Payment by Credit Transfer* (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons* (1979)
25. *Independent Administrative Agencies* (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law* (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects* (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests* (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1985)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration* (1985)
41. *Arrest* (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment* (1985)
45. *Secondary Liability* (1985)

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec, H3B 2N2.

---

* Out of print. Available in many libraries.

OMISSIONS, NEGLIGENCE AND ENDANGERING

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1985
Catalogue No. J32-1/46-1985
ISBN 0-662-54082-4

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 46

OMISSIONS, NEGLIGENCE AND ENDANGERING

1985

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner
Mr. John Frecker, Commissioner

Acting Secretary

Harold J. Levy, LL.B., LL.M.

Co-ordinator, Substantive Criminal Law

François Handfield, B.A., LL.L.

Principal Consultant

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

Consultants

Lita Cyr, LL.B.
Donna White, B.A., LL.B.

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: Omissions 3

I. Rationale for Common Law Reluctance on Not Acting 3

RECOMMENDATION 1 7

II. Basis for Exceptional Crimes of Not Acting 8

A. Not Acting within a Wider Course of Acting 8

(1) Spurious Non-Acts: Pseudo- Nonfeasance 9
(2) Spurious Acts: Pseudo-Feasance 10

RECOMMENDATION 2 11

B. Non-Acts Explicitly Prohibited As Omissions 11

C. Non-Acts Causing Result-Crimes:
Commission by Omission 12

(1) Family Relationships 14

RECOMMENDATION 3 14

(2) Assumed Relationships 14

RECOMMENDATION 4 15

(3) Other Relationships: Community of Shared Risks 15

RECOMMENDATION 5 16

(4) Situation Duties 16
(a) Creating a Danger 16
(b) Controlling a Danger 16
(c) Rescue from Danger 17

RECOMMENDATION 6 20

CHAPTER TWO: Negligence 21

I. Should There Be Crimes of Negligence? 22

RECOMMENDATION 7 24

II. Should Negligence Form a General Head of Criminal Liability? 25

RECOMMENDATION 8 27

III. What Degree of Negligence Should Be Required for an Offence of Negligence and How Should This Be Defined? 28

RECOMMENDATION 9 30

CHAPTER THREE: Endangerment 31

I. A General Crime of Endangerment 35

RECOMMENDATION 10 37

II. Replacement or Supplement? 37

RECOMMENDATION 11 38

III. Physical and Mental Elements 38

RECOMMENDATIONS 12 and 13 40

SUMMARY OF RECOMMENDATIONS 41

Introduction

This Paper is a follow-up to Working Paper 29. That Paper recommended rules on criminal liability and general defences for a new Criminal Code. Subsequent consultations and our later work on vandalism and homicide showed the need for further exploration of three particular topics — omissions, negligence and dangerous conduct falling short of actual harm.

Each of these topics falls outside the mainstream of our criminal law. Traditionally, that law dealt with acts done with "malice" and causing harm to persons or to property. It focused on malfeasance rather than non-feasance, on intent and recklessness rather than carelessness and on damage rather than danger.

Of course there were exceptions. Homicide, for example, could be committed not only by an act but also in certain circumstances by an omission. It could also be committed not only with intent and recklessness but also by gross or criminal negligence. And there were other crimes, for example, incitement and attempt, which focused less on actual injury than on risk and danger.

The scope and rationale of these exceptions, though, is hard to determine. No clear guidance emerges from our present *Code* or from the common law that underpins it. Apparently, the law in question results more from history than principle.

Clearly, however, such matters need treatment in terms of principle. A fully rational code of criminal law can only be drafted after full exploration of the basis and extent of crimes of omission, negligence and endangering. Such exploration is the object of this Paper.

CHAPTER ONE

Omissions

Omissions were briefly discussed in Working Papers 29, *The General Part: Liability and Defences*, and 33, *Homicide*. In those discussions we noted the general principle that criminal liability attaches to acting rather than not acting — malfeasance rather than non-feasance. At the same time we remarked that exceptionally such liability can attach to non-feasance which the law looks on as failing or omitting to act — not acting when there is a duty or an obligation to perform the act in question.

In that regard we made three recommendations: (1) that no criminal liability should be incurred by a person who is *unaware* of the circumstances giving rise to the duty to act; (2) that no such liability should be incurred except on account of failure to perform a *legal* duty; and (3) that the legal duties spelled out at the beginning of Part VI of the present *Criminal Code* (Offences against the Person and Reputation) should, because of their more general application, be *transferred* to the General Part.

This Paper now seeks to establish the rationale for the general principle, to explain the basis for allowing some crimes of omission and to formulate rules regarding positive duties.

I. Rationale for Common Law Reluctance on Not Acting

In principle, our criminal law — whether in the present *Code* or in the common law preceding it — has always been concerned with doing rather than not doing.[1] As has often been said, at common law, "not doing is no trespass." Murder consists in killing and not in letting die; arson consists in setting fire to and not in allowing to burn; and theft consists in taking property and not in its non-restoration to its owner. The law requires me not to hurt my neighbour, rather than to love him — it does not make me my brother's keeper.

Now why should not criminal law treat acting and not acting in the same way? Why should not killing and letting die both qualify as culpable homicide? Why should not setting fire to and letting burn both qualify as arson? And why should not taking property and non-restoration of it to the owner both qualify as theft?

1. J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2nd ed. (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1960), p. 171; S. Milsom, "Not Doing Is No Trespass: A View of the Boundaries of Case," [1954] *Camb. L.J.* 105.

One reason sometimes suggested is the lack of obvious links between not acting and resulting harm.[2] In the case of a killing, given that all the facts are known, it will be fairly clear who did it, where he did it, when and how he did it. In the case of letting die, these things are far less obvious. In many instances we could well ask: (1) Why impute the letting die to this person rather than that person or anyone else whose intervention could have saved the victim's life? (2) Did the letting die take place where the victim was or where the defendant was? (3) Did it happen at the time of the death or at some earlier time when intervention was a possibility? (4) Finally, how did it occur? As Fletcher points out, paraphrasing *Anna Karenina*,[3] every person who kills does so in a different manner, but all those who "let die" do so in the same way. In short, the link between non-feasance and resulting harm is often far from clear — there is often little to connect the "non-doer" clearly with the victim.

This raises the question of causation.[4] Except where the law expressly criminalizes not acting in itself, criminal liability for not acting requires a causal link between it and some prohibited harm. The not acting must bring about the harm forbidden by some result-crime such as murder.

But what is a cause? By lawyers it is often viewed as a mere necessary condition — a cause of X is anything *but for which* X would not have happened. This view, however, runs clearly counter to our ordinary intuitions. To take the parable of the Good Samaritan, it would hold that the sufferings of the man who fell among thieves were caused not only by the latter but also by anyone and everyone who could have helped him and did not do so, whether or not they knew about his injuries — you can cause something unwittingly as well as wittingly. Ordinarily, however, we would not go that far.

In ordinary discourse, "cause" has a different meaning. It is used to denote a necessary condition singled out as unusual or abnormal in the circumstances.[5] If a fire breaks out in a store-room, the cause is taken to be some abnormal factor such as a spark[6] from a shorting electric cable and not such normal factors as the presence of

---

2. Best discussion in G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston: Little, Brown and Co., 1978), p. 602. For further reading see: T. Benditt, "Liability for Failing to Rescue" (1982), 1 *Law and Philosophy* 391; H. Beynon, "Doctors As Murderers," [1982] *Crim. L.R.* 17; J. Feinberg, "The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan" (1984), 3 *Justice Ethics* 56; H. Gross, "A Note on Omissions" (1984), 4 *J. Legal Stud.* 308; A. Linden, *Canadian Negligence Law* (Toronto: Butterworths, 1972), p. 216; A. Linden, *Canadian Tort Law* (Toronto:Butterworths, 1982), p. 368; A. Linden, "Rescuers and Good Samaritans" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 89; A. Linden, "Tort Liability for Criminal Nonfeasance" (1966), 44 *Can. Bar Rev.* 25; R. Lipkin, "Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: An Individualistic Justification of the General Legal Duty to Rescue" (1983), 31 *U.C.L.A. L. Rev.* 252; J.C. Smith, "Liability for Omissions in the Criminal Law" (1984), 4 *J. Legal Stud.* 88; E. Weinrib, "The Case for Failing to Rescue" (1980), 90 *Yale L.J.* 247; A. Woozley, "A Duty to Rescue: Some Thoughts on Criminal Liability" (1983), 69 *Va. L. Rev.* 1273.

3. Fletcher, *supra*, note 2, p. 601.

4. Fletcher, *supra*, note 2, pp. 588-602; H. Hart and A. Honoré, *Causation in the Law* (Oxford: Clarendon Press, 1956); H. Hart and A. Honoré, "Causation in the Law" (1956), 72 *L.Q. Rev.* 58, pp. 260 and 398.

5. Hart and Honoré, *Causation in the Law*, *supra*, note 4, p. 31; Fletcher, *supra*, note 2, p. 595.

6. Hart and Honoré, *Causation in the Law*, *supra*, note 4, p. 32.

oxygen. By contrast, if a fire breaks out in a vacuum chamber used for monitoring electric sparks, the cause would be the unusual presence of oxygen seeping in by accident and not the sparks whose presence was fully intended and expected in that situation.

"Cause" also is applied to deliberate human actions. Now in most situations, action tends to be the abnormal feature and hence a causal factor, whereas inaction tends to be the normal feature and hence a mere necessary condition. Action interferes with the *status quo* and makes a difference; inaction leaves things as they are and makes no difference. This is why the sufferings of the traveller in the parable would normally be taken to be caused by the actions of the thieves, not the inaction of the passers-by. Causally, harm is more clearly linked to interference than non-interference.

Sometimes, however, non-interference is itself abnormal. In certain circumstances we would expect and perhaps even require a bystander to intervene, and would regard non-intervention as abnormal and hence a causal factor. If a small child drowns in a bath-tub while its mother stands by doing nothing, the death can clearly be attributed to her non-intervention. Such inaction, both in and outside the law, counts as a *failure* or *omission* — not doing what morally or legally, as the case may be, one ought to do.

Here law and morality do not always go hand in hand. An omission may well be immoral without being criminal. Suppose the child in the bath-tub dies not because of the non-intervention of its mother but the non-intervention of some unrelated bystander. Morally, that bystander would be held to blame. Under our law, by contrast, he commits no crime, tort or other legal wrong.[7] "The conduct of the parabolical priest and Levite on the road to Jericho may have been indeed deplorable, but English law has not so far developed to the stage of treating it as criminal."[8]

This legal tenderness towards omissions has been defended on several grounds. In the first place, it is contended, any other view would lead to vagueness and uncertainty. If the law prescribed "rules of beneficence,"[9] imposed a positive duty to rescue and

---

7. J.F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, 4th ed. (London: MacMillan, 1877), p. 212; Fletcher, *supra*, note 2, p. 584; Hall, *supra*, note 1, p. 195.

8. *R.* v. *Miller*, [1983] 1 All E.R. 978 (H.L.), p. 980, *per* Lord Diplock.

9. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Oxford: Clarendon Press, 1823), pp. 322-3:

> In many cases the beneficial quality of the act depends essentially upon the disposition of the agent; that is, upon the motives by which he appears to have been prompted to perform it: upon their belonging to the head of sympathy, love of amity, or love of reputation; and not to any head of self-regarding motives, brought into play by the force of political constraint: in a word, upon their being such as denominate his conduct *free* and *voluntary*, according to one of the many senses given to those ambiguous expressions. The limits of the law on this head seem, however, to be capable of being extended a good deal farther than they seem ever to have been extended hitherto. In particular, in cases where the person is in danger, why should it not be made the duty of every man to save another from mischief, when it can be done without prejudicing himself, as well as to abstain from bringing it on him? This accordingly is the idea pursued in the body of the work.

made non-intervention tortious and criminal, then in any given case, argued Macaulay,[10] the duty could be quite uncertain. If a surgeon is the only person qualified to perform a life-saving operation, must he perform it any and every time he can, regardless of his own personal inconvenience — "What is the precise amount of trouble and inconvenience which he is to endure?"[11] To avoid this difficulty, Macaulay claimed, the law "must grant impunity to the vast majority of those omissions which a benevolent morality would pronounce reprehensible."[12]

Vagueness, however, is not the whole story. A "rule of beneficence" requiring *reasonable efforts* to assist those in danger would fit in comfortably with the various already existing legal rules concerning reasonable care, reasonable force, reasonable time and so on. As we have pointed out elsewhere, such standard-setting rules are no strangers to the common law.[13]

More significant is the matter of liberty. The most common argument, says Fletcher,[14] for distinguishing between acts and omissions in moral and legal theory is that penalizing omissions raises a more acute problem of circumscribing liberty than does punishing affirmative acts. As proponents of individualism and the minimal state argue, to prevent one man from harming another is little restriction on his liberty, but to make him serve another, even temporarily, is like making him a slave. To forbid a positive act such as killing closes off one avenue of conduct but leaves all others free; to forbid an omission such as letting die closes off all other avenues till that one has been taken — nothing else can be done till the death has been prevented. A criminal law meant to serve the interests of society must reflect that the freedom of that society's members is one of those interests and must strike a balance between the interests of those to whom good is to be done and the liberty of those required to do that good.

Without subscribing fully to the "minimal state"[15] approach, we can acknowledge a difference between interference with the rights of others and failure to allocate goods and services to others. Killing interferes with another's rights; refusal "to strive officiously to keep alive" does not interfere with the individual's rights but merely fails to allocate goods and services to him.[16] The law restricts itself to saying: "Do not harm others — do not worsen their lot in life," and refrains from adding "and do good to others — go and improve their lot." It leaves such altruism to volunteers or

---

10. Hall, *supra*, note 1, p. 191; see also Bentham, *supra*, note 9, p. 313; H. Gross, *A Theory of Criminal Justice* (New York: Oxford University Press, 1979), pp. 27-9.

11. Hall, *supra*, note 1, p. 191.

12. *Ibid.*

13. Law Reform Commission of Canada, *The General Part: Liability and Defences* [Working Paper 29] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982), pp. 87 and 99.

14. Fletcher, *supra*, note 2, p. 602; P.J. Fitzgerald, *Criminal Law and Punishment* (Oxford: Clarendon Press, 1962), p. 96.

15. M. Levin, "A Hobbesian Minimal State" (1982), 11 *Phil. & Pub. Affa.* 338; see generally, R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York: Basic Books, 1974).

16. Fletcher, *supra*, note 2, p. 603; J. Rawls, *A Theory of Justice* (Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971).

else to private arrangement usually through the law of contract. By this approach it serves to maximize the liberty of the individual.[17]

Liberty alone, however, can hardly be a total justification. Maximizing liberty, it could be contended, was justifiable in an earlier era when entrepreneurship was at a premium, when *laissez-faire* was the prevailing ideology and when conventional wisdom was that if you want another to do you good you have to pay him, but not in these days when people are more interdependent, when consumers have to rely on suppliers' expertise and when everyone is plugged into complex interlocking systems of transport, utilities and so on. Today in Canada, as in all similar countries, everyone must to some extent become his brother's keeper.

This said, reason remains for legal caution regarding omissions, on two counts. First, acts differ from omissions in that there is usually a clearer personal relationship between an agent and his victim than between an omitter and his would-be beneficiary. If X kills Y, he wrongs a victim who is clearly identifiable and standing in a personal relationship with him.[18] If he merely refrains from helping people in need, he fails to benefit an indefinite number of people who are neither identifiable nor standing in any clear relationship with him. For this reason morality, let alone the law, must leave us to choose whom we help and where and how we help them.

There is, however, a more fundamental reason for legal caution as to omissions. If everyone were forced to better the lot of anyone whenever he could, then just as Mencken's puritan was haunted by the constant fear that somewhere, somehow, someone might be happy, so each of us would be continually distracted from his own life-plan by the need to go doing good to others — none of us could live a life of his own.[19] Yet is this not what being a human being is? As Weinrib observes:

> The requirement of aid assumes that there is some other person who has at least a minimal core of personhood as well as projects of his own that the altruist can further. In a society of perfect and general altruism, however, any potential recipient of aid would himself be an altruist, who must, accordingly, subordinate the pursuit of his own projects to the rendering of aid to others. No one could claim for his own projects the priority that would provide others with a stable object of their altruistic ministrations. Each person would continually find himself obligated to attempt to embrace a phantom.[20]

For these reasons we conclude that the general common law approach is sound. There should in general be no criminal liability for omissions.

RECOMMENDATION

1. That in general there be no criminal liability for not acting.

---

17. Weinrib, *supra*, note 2, pp. 168-79.
18. Woozley, *supra*, note 2, pp. 1278-89.
19. Lipkin, *supra*, note 2, pp. 275-93.
20. Weinrib, *supra*, note 2, p. 282.

II. Basis for Exceptional Crimes of Not Acting

Exceptionally, the common law imposed criminal liability for omissions.[21] It did so in three cases. One is where the conduct is not really not acting but rather part of some wider course of acting — what has been termed "pseudo-nonfeasance." Another is where the not acting is expressly designated by the law as an offence — a specifically prohibited omission. The third is where prohibited harm results from an omission to perform a legal duty — what has been called "commission by omission."

A. Not Acting within a Wider Course of Acting

Acts and non-acts are not always easily distinguishable. In *Fagan* v. *Metropolitan Police Commissioner*, D, directed by P, a policeman, to park nearer the kerb, accidentally drove his car onto P's toe. In reply to P's remonstrations, D then switched off the ignition and refused to move. Charged with assault, D argued that there was no *actus reus* — when applying force he acted unintentionally and when he did have an intention, he in fact did nothing — he merely did not remove the car. The appeal court divided on the issue. Two judges found him guilty because his keeping the car on P's toe was an *actus reus*. One would have acquitted him because the application of force was unintentional and D's intentional keeping of the car where it stood was simply not acting.

As was said in Working Paper 29, *The General Part: Liability and Defences*,[22] in such a case the problem cannot be solved by seeking the definitive description of D's act. Acts do not come neatly labelled — "An act has no natural boundaries" — so the description must depend ultimately on context and on policy. So, while legal theorists have sometimes sought answers to such problems in scholastic definitions of "act" and thereby helped to complicate the learning on *actus reus*, the best approach is to inquire whether D's conduct in its overall context should be assimilated to doing nothing and not penalized or should be assimilated to doing something and counted as assault.

The fact is that many instances of not acting may more appropriately be looked on as ways of acting and many acts as ways of not acting. Many cases of not acting can be regarded as spurious non-acts — as pseudo-nonfeasance. Conversely many acts can be regarded as spurious acts — as pseudo-feasance.

---

21. Weinrib, *supra*, note 2, p. 251; Fletcher, *supra*, note 2, pp. 422, 589, 628 and 825.

22. *Supra*, note 13, pp. 180-2.

(1) Spurious Non-Acts: Pseudo-Nonfeasance

Examples of pseudo-nonfeasance suggested by Fletcher are: a driver failing to turn on his lights, a railroad switchman failing to keep a lookout and a surgeon failing to remove a sponge from a patient at the end of an operation.[23] Though each of these examples could be regarded as not doing something, a more appropriate way of looking at them is as a wrongful or improper way of carrying on some wider activity, namely, the activity of driving, manning the railroad signals and performing surgical operations; for each failure is embedded in a larger activity which then turns out to be performed improperly, and converted into a hazard.

In our view, one important instance is non-rectification of a dangerous situation by its creator. This was in fact what happened in *Fagan* and also in *Miller*.[24] Having accidentally started a fire, Miller later discovered what he had done, but then took no steps to extinguish it. Convicted of arson, he argued that he had not knowingly set fire to the property, that he had merely omitted knowingly to put it out and that arson could not be committed by such omission. Affirming his conviction, the House of Lords held that the creator of a danger must try to minimize the harm resulting from it — he had a positive duty to counteract the peril he himself has caused. There is

> ... no rational ground for excluding from conduct capable of giving rise to criminal liability conduct which consists of failing to take measures that lie within one's power to counteract a danger that one has oneself created, if at the time of such conduct one's state of mind is such as constitutes a necessary ingredient of that offence.[25]

Now the problem posed in both these cases could be solved in two different ways. The problem is that what each defendant could be blamed for — the thing he had *mens rea* for — was not acting (not removing the car, not putting the fire out), and causing harm by not acting is no offence unless there is a legal duty to act. Accordingly, the problem could be solved by holding, as was done in *Miller*, that the creator of a danger has a legal duty to act to minimize the harm he caused and that failure to perform it can result in liability for an omission; or it could be solved, as suggested in *Fagan*,[26] by holding that the accused's behaviour is not to be divided artificially into discrete bits of acting and not acting but rather is to be considered as one continuous course of acting.

Each solution has its attractions. The "continuous act" approach has two advantages. It chimes in partially with common sense. Would we not say that "of course Fagan continued the assault?" It also saves addition to the list of legal duties which are so far recognized and which prescribe prevention of harm primarily to persons. The "duty" approach has also two advantages. It accords with the ordinary moral intuitions

23. Fletcher, *supra*, note 2, p. 586.

24. *Fagan* v. *Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 3 All E.R. 442; *R.* v. *Miller*, *supra*, note 8.

25. *R.* v. *Miller*, *supra*, note 8, p. 981.

26. *Fagan* v. *Metropolitan Police Commissioner*, *supra*, note 24.

that it is up to those who cause harm, albeit unwittingly, to try and counteract it. In addition, it spares us having to worry about the fact that part of the accused's conduct that is intentional is in reality inaction.

On balance we feel these latter advantages outweigh the former and make the "duty" approach preferable to the "continuous act" approach. We therefore consider that: first, when someone creates a dangerous situation, wrongfully or otherwise, he should be under a duty in criminal law to take reasonable steps to rectify the situation; second, when someone without causing a dangerous situation has control over it, he should be under the same duty; but third, otherwise it should be left as a judgment call for the trier of fact to decide whether a piece of inaction embedded in a wider positive act be treated as omission or act — no automatic application of some codified formula will really solve the problem.

(2) Spurious Acts: Pseudo-Feasance

Less obvious, but equally important, may be cases of spurious acts — "pseudo-feasance." Suppose a person is trying to avert some harm, for example, put out a dangerous fire. Eventually, for one reason or another, he decides to abandon the endeavour. He may do this by simply ceasing to pour more water on the flames — simply not doing anything more. On the other hand, if using a hose-pipe, he will in all probability turn off the water — a positive act. But is there any real difference between the two situations? Are both in reality not cases of non-continuance? In other words, is the act in the second example not embedded in the larger non-act or non-feasance of not carrying on the fire fighting?

The problem of pseudo-feasance is particularly important with cessation of medical treatment. Sometimes such cessation consists in mere non-continuance of the treatment; sometimes it involves a positive act of discontinuance. How far should the two be differently regarded?

A clear and unsophisticated example, suggested by Helen Beynon, is provided by the "drip."

> The drip, as its name implies, is used to introduce vital fluids into patients by gravitational flow from a suspended bag from which a tube is inserted nasally or intravenously. As well as helping patients who have a very good chance of full recovery from their complaint, the drip may also sustain life in patients who are desperately ill and who will never make any real recovery. Of course the crucial point for present purposes is that the bags supplying the fluids empty themselves and need to be replaced. It may be readily surmised therefore that a decision to discontinue the use of a drip may be put into effect *either* by withdrawing the tube from the patient's body *or* by failing to replace an emptied bag of fluid. It will often in fact be pure chance which method of discontinuing the drip is adopted. For, although it is a doctor's job to set up a drip, dismantling a drip is a nurse's job, and a busy nurse may well let the bag remain empty for some time before removing the tube. In the case of

> an intravenous drip, after a mere one hour's delay the patient's own bodily processes will have ensured that the "act" of removing the tube can have no causal efficacy, since in that period the tube will have become occluded by blood clots, so that if it is desired to continue the drip after all a new one will have to be set up.[27]

How, then, should discontinuance of the drip be characterized? As an act if the tube is removed but as a non-act if the bag is simply not replaced? Or should the law avoid a distinction so smacking of artificiality?

In his discussion of omissions, Fletcher[28] warns against viewing the difference between act and omission as simply a difference between moving and not moving. Rather, especially as regards the criminal law, the difference is between harming and not helping. Now discontinuance of treatment, for example, the "drip," however effected, surely falls not under harming but rather under not helping — a non-act which can only result in liability if there is a duty to continue treatment. The wider non-act surely subsumes the narrower act of tube disconnection which otherwise could result in liability regardless of the existence of a duty of continuance. This approach appropriately assimilates different methods of cessation of treatment and also appropriately distinguishes between tube disconnection as part of cessation of treatment and tube disconnection by a third party without any authority in the matter — the latter's act is in no way embedded in a larger non-act.

Here too, just as with pseudo-nonfeasance, it will ultimately be a judgment call. Triers of fact will have to decide in the circumstances whether to look on the act in question as a simple act or as part of a wider piece of not acting. In so deciding, they will have to rely on common sense rather than automatic application of some general formula.

RECOMMENDATION

2. That a person who creates or is in control of a danger should have a duty to take reasonable steps to prevent harm to others therefrom.

B. Non-Acts Explicitly Prohibited As Omissions

Some non-acts have been specifically defined as crimes of omission by law. The best-known common law examples were misprision of treason and felony[29] — failure to report a treason or a felony of which one was aware. A well-known *Criminal Code* example is failure, without reasonable excuse, by a motorist to provide a breath sample on request, contrary to subsection 234.1(2).

---

27. Beynon, *supra*, note 2, pp. 20-1.
28. Fletcher, *supra*, note 2, pp. 420-6.
29. J.C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law*, 4th ed. (London: Butterworths, 1978), p. 802.

In these cases, the law provides *original* liability for not acting. The non-act itself is what incurs such liability. Contrast the position of the third sort of non-act, discussed below.

Explicit criminal omissions call for no special provision. Where criminal law expressly penalizes a specific omission, liability for it is obvious and automatic. At one and the same time, the law prescribes a duty to act and proscribes non-performance of that duty as a criminal omission. Suffice it to say that the reasons which led common law to treat omissions gently should caution legislators to do the same. A criminal code should always concentrate, as does our present *Code*, on positive actions.

C. Non-Acts Causing Result-Crimes: Commission by Omission

"Commission by omission" as it is called by civilian lawyers, is the commission of a result-crime by failure to perform a legal duty.[30] As we saw earlier, the harm prohibited by such a crime may be imputed legally to not acting where the act in question is required by law. A child's death by starvation, for instance, could be imputed to its parents' failure to feed it because the latter have a legal duty to provide it with the necessaries of life. Such failure would make them guilty of a crime of homicide.[31]

Now commission by omission involves *derivative* liability for not acting.[32] Whether or not the omission itself attracts liability, in commission by omission it is the causation of harm by the omission that qualifies as an offence. In the starvation situation mentioned above, the failure to provide necessaries of life to one's child, though also a crime in its own right, becomes, when causing death, the more serious crime of homicide.

Now since the most conspicuous result-crimes are homicides, it was within this context that the common law developed rules imposing positive duties. Those rules were then included by Stephen[33] as a preface to his draft mini-code on homicide. Later expansion of that draft into a complete code, known as the English Draft Code, kept them in the homicide chapter. In consequence, our *Criminal Code*, based largely on the English Draft Code, retains them in the same location — unfortunately, as pointed out in Working Paper 33 on *Homicide*, because they involve general principle more appropriate for the General Part.

30. G.H. Gordon, *Criminal Law of Scotland*, 2nd ed. (Edinburgh: W. Green, 1978), p. 61.

31. *Gibbins and Proctor* (1918), 13 Cr. App. Rep. 134.

32. Fletcher, *supra*, note 2, p. 581.

33. Stephen, *supra*, note 7.

At common law such duties fell into two categories. Some stemmed from natural relationships — a father was bound to provide necessities for his children of tender years. Others arose from voluntarily assumed relationships — a doctor was bound to provide medical treatment for his patients.[34]

Our *Criminal Code* has gone still further. It has imposed: (1) a "necessaries of life" duty on parents, foster parents and guardians towards children under sixteen, on spouses towards each other and indeed on anyone, given certain conditions, to another person under his charge; (2) a duty of reasonable knowledge, skill and care on those undertaking to administer surgical or medical treatment; and (3) a general duty on anyone undertaking an act to do it if its omission would endanger life.

Clearly the *Code* has usefully extended common law in several respects. It has, in effect, widened the notion of "parents"; it has clarified the age of the children to whom the duty is owed; it has created a general duty owed to anyone in one's charge; it has specified the duty of care of doctors and the like; and, it has added the universal duty of completing acts where non-completion might be dangerous.

Despite all this, the *Code* still leaves room for uncertainty. Is the parental duty owed to children under fifteen who have voluntarily left home, who are living with the other parent or who are for some other reason no longer under the parent's charge? Does the spousal duty still continue between couples no longer living together? Does "surgical and medical" treatment cover nursing as well as "doctoring"?

What is more, the *Code* has lost the basic simplicity of the common law. Instead of a simple division into natural and assumed duties, it provides a complex, unduly detailed and possibly overlapping category of obligations resting on no apparent principle. The medical duty may be trebly covered — by the general duty to persons under one's charge, by the doctor's "reasonable knowledge, skill and care" duty and by the universal duty of completing undertaken acts.

Surely, however, there is at work here just one basic principle. This is that you have a duty to act for another's benefit whenever, by reason of your own *commitment*, that other is dependent on you and entitled to rely upon you so to act — when you are what certain lawyers term a "guarantor" of that other's safety.[35] As seen by common law, dependence and entitlement arise: (1) where there is a family relationship; (2) where there is an assumed relationship whereby one person has led another to rely on him; (3) possibly where there is a community of shared risks; and (4) possibly in special situations of danger.

---

34. J.W.C. Turner, *Kenney's Outlines of Criminal Law*, 19th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1966), p. 124.

35. Benditt, *supra*, note 2, p. 416; Lipkin, *supra*, note 2, p. 265.

(1) Family Relationships

In our society the basic social unit is the family. Most people live in families — these serve the needs of sexual commitment, companionship and child care. Naturally, then, the family enjoys considerable autonomy and privacy, but correspondingly it bears considerable responsibilities. Society, which comes in only by way of last resort and in a supervisory capacity, leaves child care, care of spouses and so on largely to the family unit.

Accordingly, most people's basic needs, we think in our society, should be taken care of — as in fact they are — within the family context. As a society we rely on parents to look after children, spouses to look after each other and so on. This leaves children primarily dependent on their parents, and spouses primarily dependent on each other. Accordingly, because of this social factor and because of the resulting voluntary commitment implicitly involved in marriage and procreation, the moral duty ascribed to parents and spouses is also recognized by law. In such contexts, the question of acting for another's benefit is, we believe, not a fit subject to be left to contract.

The main problem here is that of defining who should be included in the family. Clearly parents and children should be. So too should spouses. But what about other relatives living in the family household, for example, brothers, sisters, step-parents, uncles and aunts, grandparents? In our view all these, if living under the same roof, should be included and could aptly be described as "those living in the same household." Finally, what about guardians, step-fathers, step-mothers and foster parents? These too would usually be covered by the same description, but they would also have a duty by reason of their having undertaken it. Of course in all cases the duty would be to do what is reasonable in the circumstances — the duty of a father in his prime, a thirteen-year-old son or an elderly grandmother may all differ in extent and gravity.

RECOMMENDATION

3. That the General Part specify that all people have a duty to take reasonable steps to provide necessaries of life to their spouses, to their children and to other family members living in the same household with them.

(2) Assumed Relationships

Dependency duties can arise not only from natural but also from voluntarily assumed relationships. In such relationships one person makes a commitment, sometimes but not always through contract, which leads another to rely on him rather than on anyone else and so, to this extent, to become dependent on him. A doctor leads his patient to rely on him, a ship's captain his passengers and so on. In such cases, by mutual agreement the "client" entrusts his safety to the "professionals."

Most, but not all of these dependency duties, then, involve professionals — for example, doctors and nurses. Some will involve people of non-professional status who undertake duties, leave others dependent on them and therefore know that non-performance could cause harm. Examples are people such as baby-sitters and life-guards. These too have been entrusted with the safety of others.

By virtue of this trust, together with their own commitment, the persons assuming the undertaking shoulder a special responsibility. For now those under their care, who well might have looked to someone else for help, have become dependent on the former. Morally then, we think they have a right to rely on them and that those persons have a special duty towards them. Essentially, this duty is also recognized by law.

RECOMMENDATION

4. (1) That the General Part specify that all people have a duty to take reasonable steps to carry out any undertaking, gratuitous or otherwise, whose non-performance will cause serious danger to life.

(2) That there be no duty to carry out an undertaking to give medical treatment where such treatment is therapeutically useless or is contrary to the patient's wishes.

(3) Other Relationships: Community of Shared Risks

Less clear are the duties arising from joint enterprises. On principle, however, it is arguable that whenever two or more people agree to take part in a common endeavour involving risk or danger, they commit themselves to helping each other out of difficulty. As Fletcher puts it:

> ... the binding together of people to confront common risks entails reciprocal duties of aid. The common cases would be seamen going to sea, mountaineers joined in a single party, astronauts in a single space ship — these would be fairly clear cases of joint enterprises entailing reciprocal duties. It would not follow, however, that a mountaineer would be duty-bound to everyone on the mountain who might get into a dangerous situation. The range of interdependent duty is limited to those who by jointly undertaking the venture, implicitly commit themselves to each other.[36]

Clearly in such cases there is commitment, dependency and title to reliance. Clearly too, some duty of "beneficence" is recognized by morality. It may be argued that it should be also recognized by law.

---

36. Fletcher, *supra*, note 2, p. 614.

RECOMMENDATION

5. That the General Part should specify that all people have a duty to take reasonable steps to provide necessary asssistance to those with whom they share in a dangerous enterprise.

(4) Situation Duties

Duties of beneficence may also arise sometimes without commitment but simply by virtue of the situation which both parties are in and which makes one dependent on another. A person who creates a danger has a duty to do what he can to safeguard others from it. So does a person who does not himself create a danger but has control over it, and so perhaps may a person who neither creates nor has control of a danger but who can help in an emergency.

(a) Creating a Danger

Clearly a person who creates a danger has a moral obligation towards those exposed to it. This was the view taken by the House of Lords in *Miller*. It is also the view put forward earlier in this Paper.

(b) Controlling a Danger

Next, a person in control of a danger he has not created may be morally obliged to take steps to save others from it. Here too is a situation where those others are dependent on him and entitled to rely on him for their protection. If, say, X knowingly buys land with a dangerous hazard on it, the fact that he did not make it himself surely would not justify his sitting back and leaving it as a danger to others known to be likely to frequent that land. On the contrary, those others are dependent on him and entitled to rely on him to take care for their safety. Again, limited statutory recognition is found in subsection 242(2) of the *Criminal Code*, which provides that anyone leaving "an excavation on land that he owns or of which he has charge or supervision is under a legal duty to guard it in a manner that is adequate to prevent persons from falling in by accident and is adequate to warn them that the excavation exists." Common law recognition is to be found in tort law concerning occupier's liability,[37] which forms a notable exception to the general principle that doing nothing is no trespass. At common law, a person occupying land is sometimes under a legal duty to take positive action for the safety of others coming on his land and failure to take such action may make him liable, if harm results, in tort. (See Recommendation 2 on page 11.)

37. Linden, *Canadian Tort Law*, *supra*, note 2, pp. 647-72; J. Fleming, *The Law of Torts*, 6th ed. (Sydney: Law Book Co. 1983), pp. 416-58.

(c) Rescue from Danger

More controversial is the position of the person who neither creates nor controls the danger but is best placed to protect against it. Suppose X falls into a lake and starts to drown; Y could easily save him; Y does nothing and X drowns. Is Y in breach of any moral or legal duty?

Morally, the question need only be asked for it to be answered: there is a duty to give aid and assistance. Our ordinary intuitions condemn the priest and Levite in the parable. Emergencies rendering others wholly dependent on us entitle them to rely on us for help and oblige us to give it to them. In such cases, if not in others, we think we are our brother's keeper.[38]

Notoriously, however, this is not so under our law. Case-law and legal literature make it quite clear that, absent one of the relationships or situations so far mentioned, there is no duty to act for the benefit of others. It is in general no crime, tort or other kind of legal wrong, for instance, for a mere bystander to let a drowning swimmer die. In *Miller*,[39] said the House of Lords, if "the role of the accused was at no time more than that of a passive bystander, there could have been no conviction." Neither at common law, then, nor under the *Criminal Code* does there exist a duty to rescue.

Not every criminal code, however, is so at odds with ordinary moral intuitions. The penal codes of Belgium, France, Germany, Greece, Italy and Poland, for example, all make it an offence to fail to render reasonable aid in case of danger. The Austrian code makes it a crime to fail to give help in case of an accident for which you are responsible. The Swedish code provides that when a person handling fire, explosives

38. Weinrib, *supra*, note 2, p. 232, said it nicely:

> An emergency marks a particular person as physically endangered in a way that is not general or routine throughout the society. An imminent peril cannot await assistance from the appropriate social institutions. The provision of aid to an emergency victim does not deplete the social resources committed to the alleviation of more routine threats to physical integrity. Moreover, aid in such circumstances presents no unfairness problems in singling out a particular person to receive the aid. Similarly, emergency aid does not unfairly single out one of a class of routinely advantaged persons; the rescuer just happens to find himself for a short period in a position, which few if any others share, to render a service to some specific person. In addition, when a rescue can be accomplished without a significant disruption of his own projects, the rescuer's freedom to realize his own ends is not abridged by the duty to preserve the physical security of another. In sum, when there is an emergency that the rescuer can alleviate with no inconvenience to himself, the general duty of beneficence that is suspended over society like a floating charge is temporarily revealed to identify a particular obligor and obligee, and to define obligations that are specific enough for judicial enforcement.

39. *R.* v. *Miller*, *supra*, note 8, p. 980.

or poison creates a danger, he commits an offence if he neglects to do everything he can to avert that danger. In the United States, the Vermont penal code makes it an offence to refuse aid to those exposed to grave physical harm.[40]

Meanwhile, in Canada, one dent is to be seen in the law's hostility to a rescue duty. The Québec *Charter*[41] provides that every human being whose life is in peril has a right to assistance and that when someone's life is in peril, everyone must come to his aid unless it involves danger to himself or another or unless there is some other valid reason not to give assistance. Admittedly, such provincial legislation does not itself create a criminal offence. On the other hand, it may render the causing of harm by its breach criminal: failure to provide necessaries to a dying common law "spouse" resulted in a homicide conviction in the Québec case of *R.* v. *Fortier*[42] — a result impossible in any of the common law provinces.

However, even in the *Criminal Code* itself there has been some acknowledgment of specific duties of assistance. Attention has already been drawn to subsections 242(1) and (2) of the *Criminal Code* concerning openings in ice and dangerous excavations on land. Note should be taken also of subsection 233(2) which makes it an offence for anyone in charge of a vehicle involved in an accident to fail "to stop his vehicle, give his name and address and, *where any person has been injured, offer assistance* ..." [Emphasis added] if the intent of such failure is to escape civil and criminal liability. These sections, of course, impose a duty of assistance in specific situations by explicit creation of an offence of omission — an omission of type B within our classification.

In defence of common law hostility to a general duty of assistance, various reasons are put forward. One is the well-known objection concerning vagueness: How much must the rescuer do and at what cost to himself? Another is the problem of identity and the lack of personal relationship between the duty-bearer and the beneficiary: Who has the duty and to whom does he owe it — to everyone he knows to be in danger? Yet another is the question of liberty: Should the law compel altruism and force one man to serve another, or should it more properly leave such matters to the law of contract?

All these questions admit of easy answers. As to vagueness, a law providing a duty to take *reasonable* steps in the circumstances to help those in danger would, as noted above, harmonize with many other laws using such standard-setting terms. As

---

40. *Code Pénal* (Belgium) (Brussels: Bruylant, 1975, revised to 1981), art. 422, p. 69; *Code Pénal* (France), 7th ed. (Paris: Dalloz, 1972-73), art. 63, p. 35; *The German Draft Penal Code* (South Hackensack, N.J.: Fred B. Rothman, 1966), art. 232, p. 130; *The Greek Penal Code* (South Hackensack, N.J.: Fred B. Rothman, 1973), art. 307, p. 149; *The Italian Penal Code* (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman, 1978), art. 583, p. 199; *The Penal Code of the Polish People's Republic* (South Hackensack, N.J.: Fred B. Rothman, 1973), art. 144, p. 75; *The Penal Code of Sweden* (South Hackensack, N.J.: Fred B. Rothman, 1972), s. 10, p. 39; see generally, A. Rudzinski, "The Duty to Rescue: A Comparative Analysis" in J. Ratcliffe, ed., *The Good Samaritan and the Law* (New York: Anchor Press, 1966), p. 91.

41. See section 2 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12.

42. *R.* v. *Fortier*, November 17, 1980, File No. 500-01-050-805, Superior Court, Longueil, Qué.

to identity, in clear situations of urgency there is no doubt who can assist and who needs assistance — indeed the very situation surely creates a personal, if temporary, relationship between an identifiable victim and an identifiable potential rescuer. As to the question of liberty, two things can be said. First, it will surely be seldom that one person will be called upon to forego his own freedom for the benefit of others. But second, in the "easy rescue" situations, where one person's life can only be preserved at the cost of another's small inconvenience, the community conscience would be shocked at a refusal to shoulder that inconvenience and at attempts to make such rescue the subject of a contract.

Accordingly, we think our criminal law should now go further. It should complete the journey made by common law in imposing duties on those who create a danger. It should generalize the specific duty already recognized by our present *Code* as falling on motorists involved in accidents. It should follow the example of the majority of Continental penal codes. And it should come into line with present-day moral intuitions and make easy rescue in emergencies a matter of general obligation rather than a subject for private contract. For as we said in Working Paper 26, *Medical Treatment and Criminal Law*,[43] "... the general public reasonably expects assistance when available in an emergency."

Of course, the existence of a legal duty of easy rescue could, unless care is taken by the lawmaker, face the citizen with a dilemma. He would have to choose whether on the one hand to embark on rescue, risk making matters worse, and thereby incur civil liability for negligence or even criminal liability for causing death or injury by an act of gross negligence, or on the other hand to do nothing, risk letting the victim die or suffer an injury and thereby incur criminal liability for causing death or injury by failure to perform a legal duty. To guard against this problem, there would need to be written into criminal and civil law a "Good Samaritan" provision exempting those attempting *bona fide* rescue from criminal and civil liability for negligence.

With this one caveat we would recommend the statutory enactment of a rescue duty. Remembering, as we observed, quoting Joseph Gusfield in Working Paper 26 at page 86, that "laws are statements of public policy and opinion as well as instruments for courts to implement and police to enforce. The very passage of a law is an act of public definition of what is moral or immoral," we conclude that criminal law should recognize a general duty to give reasonable aid and assistance to anyone in instant overwhelming danger.

This could be done in two different ways. The law could contain within the "duty" section of the General Part a provision creating an "easy rescue" duty parallel to the other duties there included. Alternatively it could provide within the Special Part, under "Endangering Offences" and alongside the offence of impeding rescue, a special offence of failure to provide rescue.

---

43. Law Reform Commission of Canada, *Medical Treatment and Criminal Law* [Working Paper 26] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1980), p. 86.

On balance we favour the second alternative. The problem with the first is that it would mean that the non-rescuer would incur both too little and too much liability. Where no harm results to the person imperilled, he would go scot-free. By contrast where death results he could be liable for some form of homicide. But while the citizen may be prepared to regard the parent or doctor in such a case as guilty of homicide, we do not think him ready so to regard the non-rescuer. Meanwhile the second alternative avoids both objections. A special non-rescue offence could apply even where the person in danger escapes harm. It could also, given a suitably lesser penalty, constitute a lesser offence than homicide or causing bodily harm.

RECOMMENDATION

6. That the Special Part provide that everyone commits a crime who fails to take reasonable steps to assist another person whom he sees in instant and overwhelming danger, unless he is incapable of doing so without serious risk to himself or another or there is some other valid reason for not giving assistance.

CHAPTER TWO

Negligence

Negligence was treated with some ambivalence in Working Paper 29, *The General Part: Liability and Defences*.[44] Under the rules of liability it was excluded as a ground of culpability unless otherwise specifically provided in an offence-creating section. Under mistake of fact it was ruled out as being irrelevant — genuineness was seen as the sole requirement.[45] By contrast, in mistake of law, intoxication and automatism, it was given a role since reasonableness was made necessary for acquittal on these defences.[46] Meanwhile, Working Paper 33 on *Homicide* deliberately left open, for the time being, the question of whether there should be any offence of causing death by negligence.[47]

Now arguably our uncertainty here reflects the general ambivalence of the criminal law itself, which constitutes an uneasy compromise between two radically different approaches. One sees crime as wilful wrongdoing. The other sees it as also covering wrongdoing without wilfulness.

Undoubtedly, our central criminal law principle is: no criminal liability without fault — *actus non facit reus nisi mens sit rea*.[48] Accordingly, as Stephen pointed out, definition of each crime contains expressly or impliedly a reference to a state of mind.[49] Usually that state consists of intent or recklessness. At common law some crimes, such as theft, fraud and burglary, could only be committed by someone acting with a particular intent or purpose. Others, such as murder and arson, could be committed by someone acting with intent or recklessness. However, with one exception, none could be committed by mere carelessness or negligence.

The exception of course was homicide. So serious is the harm involved here that intent and recklessness were not essential for criminal liability. Killing without such intent or recklessness was murder if done in the course or furtherance of a violent felony, and manslaughter if done in the course of some other crime or with gross negligence.[50]

---

44. *Supra*, note 13.
45. *Id.*, section 9 of draft legislation, pp. 74-5.
46. *Id.*, sections 6 and 7 of draft legislation, pp. 59 and 67.
47. Law Reform Commission of Canada, *Homicide* [Working Paper 33] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984), pp. 57-60.
48. *R.* v. *Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168.
49. *Id.*, p. 187.
50. For further discussion see *supra*, note 47.

Other exceptions have been added by statute. Under our *Criminal Code*, for instance, it has been made a crime to injure another person by criminal negligence.[51] Another crime requiring neither intent nor recklessness is dangerous driving.[52] But these remain exceptions to the general rule that negligence is not enough for criminal liability.

Three questions, then, arise concerning negligence. (1) Should there be crimes of negligence in a rational Criminal Code? (2) Should negligence form a general ground of liability or serve to negative any general defences? (3) If the answer to any of these questions is "yes," then how much negligence should be required?

I. Should There Be Crimes of Negligence?

As observed above, crimes generally require intent, knowledge or recklessness — mere negligence is not enough. The simpler, less industrialized society that saw the formation of the criminal law was primarily concerned with acts of direct hostility such as slaying, wounding, raping, robbing and so forth. Carelessness and indirect threats to others' safety were left to the civil law. There was in general no place for negligence in the traditional approach of criminal law.

Arguments supporting this approach have been advanced on grounds of doctrine, expediency and morality. The argument from doctrine is as follows. Crimes require *mens rea*. *Mens rea* consists of intent, knowledge or recklessness — some wrongful state of mind. Negligence (inadvertence) is not a state of mind but rather an absence of a state of mind. It cannot therefore constitute *mens rea*. Accordingly there cannot in principle be crimes of negligence.[53]

This argument rests on three misapprehensions, one relating to the meaning of negligence, one to the meaning of *mens rea* and one to the moral status of negligence. The first underlies the claim that negligence is not a state of mind. This claim is only tenable if negligence is the same as inadvertence. But they are not identical: inadvertence means not noticing or paying attention; negligence means not taking enough care perhaps through inadvertence but perhaps also through other things, such as misjudging or using insufficient skill.[54] So, while inadvertence can be looked on as the absence of a state of mind, negligence cannot, although it may sometimes result therefrom.

The second misapprehension concerns the meaning of *mens rea*. As we have argued elsewhere,[55] this concept is not just descriptive but also normative: to say that someone

51. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 204.

52. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(4).

53. J.W.C. Turner, "The Mental Element in Crimes at Common Law," cited in H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1968), pp. 137-40.

54. See P. Fitzgerald, "Road Traffic As the Lawyer Sees It," in J.J. Leeming, *Road Accidents — Prevent or Punish?* (London: Cassell & Company Ltd., 1969), p. 157.

55. *Supra*, note 13, pp. 24, 182-4.

had *mens rea* is not simply to describe his state of mind but rather to ascribe fault or culpability to him. Admittedly such fault or culpability often arises by reason of a state of mind such as wrongful intent, knowledge or recklessness. But must it necessarily do so?

Why should inadvertent and other kinds of negligence not count as fault? One reason could be that civil negligence takes no notice of the defendant's "personal equation."[56] The tort of negligence can, for example, be committed by failing to take reasonable care through being too clumsy to do so, that is, through lack of care you cannot help. But what you cannot help you are not at fault for. So is not legal negligence a ground for liability without fault?

Appearances, however, sometimes deceive; here there seems to be a misconception as to the moral status of negligence. Outside the law, fault is not automatically ruled out in cases of negligence. A driver causing an accident through congenital clumsiness is not necessarily excused from blame. Rather, he is told: "If you are as clumsy as that, you should not be driving — you cannot help being clumsy but you can help making your clumsiness a source of danger to others." Likewise, an inadvertent motorist is not exonerated for not noticing things. Rather, he is told: "You must stay awake at the wheel, pay attention and keep your eye on the road." In ordinary life mere carelessness, inadvertent or otherwise, is criticized and blamed.

All the same, not every immorality is appropriate for criminal sanction. As Bentham pointed out, some conduct may be unfit for punishment because all punishment will be ineffective.[57] This, runs the argument from expediency, is the case with inadvertent negligence. Because an inadvertent person will *ipso facto* not advert to the fact that he is breaking the law and thereby risks incurring a penalty, the threat of punishment cannot deter him.[58]

This claim too rests on misconceptions, one being that laws penalizing inadvertence cannot deter, the other being that a criminal law is purposeless and so unjustifiable without deterrence. The first of these is obvious. For while an inadvertent offender cannot have the law in mind when acting, he can at other times, and punishment now may help him at those other times. It may stimulate him, and others, to keep awake, pay attention, take due care and not be negligent. It can deter.[59]

The other misconception sees deterrence as the sole function of the criminal law. But is there not also room for reformation, prevention and support for values? Even if punishing carelessness did not deter, could it still not reform and teach offenders to take more care in future, prevent further carelessness and publicly affirm the value set on carefulness?[60]

---

56. Oliver Wendall Holmes, Jr., *The Common Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1964), p. 108.
57. *Supra*, note 9, pp. 170-5.
58. Hall, *supra*, note 1, pp. 135-41.
59. Hart, *supra*, note 53, pp. 133-4.
60. Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law* [Report 3] (Ottawa: Information Canada, 1976), p. 16.

Finally, there is the retributivist argument. Punishment, being *prima facie* evil, needs justification. It cannot be wholly justified on utilitarian grounds, for these could allow punishment although generally unjustifiable, for example, punishment of the innocent. It can only be justified on the retributive ground that the offender denies the existence of a basic right belonging to his victim, therefore automatically denies as a rational agent (who must universalize) the existence of that right altogether and accordingly denies the existence of that right in himself — by his own choice he forfeits his own right. If D kidnaps V, he denies V's right to freedom, automatically denies everybody's right to freedom and therefore denies his own right to freedom; so, when punished by imprisonment, he cannot complain at that denial of freedom, his own wrongdoing, recoiling upon him. By contrast a negligent agent, particularly an inadvertent one, does not deliberately deny or directly challenge the rights of anyone, but only fails to show sufficient respect for them, and so does not forfeit his own rights but only incurs an obligation to undo the harm so far as he is able — an obligation best left to civil law.[61]

Attractive as this argument may seem, there are objections. For one thing, surely there is a right to freedom from injury by others' negligence. Why cannot violation of this right justifiably be punished by forfeiture of one of the offender's rights, for example, his right to freedom? For another, the rights violated and forfeited need not be — and rarely are — identical. An offence of violence (denying the right to bodily integrity) is not properly punishable only by counter-violence (denying the offender's right to bodily integrity) but rather by imprisonment (denying the offender's right to liberty).

In our view criminal law has room for negligent offences. Though properly restricted to acts involving culpability, it can recognize negligence as a type of culpability. Though unable immediately to deter the negligent offender, it can deter generally by punishing him. Moreover, though normally concerned with deliberate violation of rights, it can rightfully punish negligent disrespect for them.

Nevertheless, since criminal law should be used with restraint,[62] not every act of negligence — not every human slip and error — should constitute a crime. Only acts causing or threatening serious harm should so qualify. These clearly include acts negligently causing death or serious bodily harm. They also, in our view, include acts negligently causing risk of death or serious bodily harm (discussed in Chapter Three: Endangerment). How far they should include also acts negligently causing serious harm or risk thereof to property, for example, by fire, explosion and so forth, we have not finally determined, but will wait for further feedback.

RECOMMENDATION

7. That it should be a crime negligently to cause death or serious bodily harm to another.

---

61. J.R.S. Prichard and A. Brudner, "Tort Liability for Breach of Statute: A Natural Rights Perspective" (1983), 2 *Law and Philosophy* 149. See also G.W.F. Hegel, *A Philosophy of Right*, translated by T.M. Knox (Oxford: Oxford University Press, 1952).

62. *Supra*, note 60, pp. 19-25.

II. Should Negligence Form a General Head of Criminal Liability?

This question has already been largely answered. The answer given above is that negligence can form a head of liability, that it should do so for conduct causing death or serious bodily harm or causing risk thereof. These cases would form exceptions to the general rule requiring knowledge for culpability (see Working Paper 29, section 3 of draft legislation, pages 26 and 27).

Now is that general rule consistent with the approach of the supporting study, Appendix E of Working Paper 29, "The Role of the General Part"? In that study *mens rea* was claimed to be not just descriptive but also normative in nature. Accordingly Working Paper 29 recommended that self-defence, intoxication and automatism should require lack of fault — the defendant must not use more force than reasonable, not get drunk through his own fault, not bring his automatism on himself. Yet contrary to this reasoning, it has been suggested, Working Paper 29 recommended that liability be generally restricted to acts done with knowledge and that mistake of fact need only be genuine.[63] Is this consistent with a normative notion of *mens rea*?

The inconsistency is only partial. On the one hand there is an inconsistency between the approach to *mens rea* and mistake of fact and that to intoxication and automatism. On the other there is no inconsistency between the approach to *mens rea* taken in the Working Paper and that taken in the supporting study.

To take the second point first, the knowledge requirement in draft legislation section 3 does not contradict the claim that *mens rea* is a normative concept. The doctrine of *mens rea* means "no criminal liability without fault," not "fault entails criminal liability." Given fault on a defendant's part, his liability depends on whether his act is prohibited by the Special Part of criminal law — *mens rea* is only a necessary and not a sufficient condition of criminal liability. However, since most Special Part sections only prohibit acts done intentionally, recklessly or knowingly, the knowledge requirement in section 3 of the draft legislation serves a generalizing function to avoid repetition of "knowingly" and so forth in each offence-creating section.

Likewise there is no inconsistency as to mistake of fact. Where knowledge is required, it is excluded by mistake of fact, no matter how unreasonable. Only exceptionally, in crimes of negligence where knowledge is not required, must mistake of fact be not only genuine but also reasonable. This is the position adopted both by traditional common law and by Working Paper 29.

---

63. B. Baker, "*Mens Rea*, Negligence and Criminal Law Reform" (unpublished paper prepared for the Law Reform Commission of Canada, April 1984).

To return to the first point, there remains an inconsistency between the provisions on knowledge and mistake of fact and those on intoxication and automatism. The former make negligence irrelevant to liability and mistake of fact. The latter make it relevant to automatism and intoxication.[64]

Consistency is a cherished goal in any rational code of criminal law.[65] Either the position on knowledge and mistake of fact or that on intoxication and automatism should be abandoned. The argument above regarding Special Part prohibitions, negligence offences and the generalizing nature of section 3 of the draft legislation militates against abandoning the position on knowledge and mistake of fact. What about that taken on intoxication and automatism?

Both these defences, it was recommended in Working Paper 29, should be excluded by the defendant's negligence. On intoxication alternative subsection 6(2) of the draft legislation in effect provides that everyone excused (by reason of intoxication) will, unless he proves the intoxication was due to fraud, compulsion or reasonable mistake, be convicted of the new offence of criminal intoxication, for doing what would, but for his intoxication, have been an offence, and shall receive the same penalty as for the offence charged.

On automatism, Working Paper 29 provides in draft legislation section 7 that a defendant committing an offence may be excused for unconscious conduct attributable to temporary and *unforeseeable* disturbance of the mind. Accordingly, a defendant to a theft charge in the rare case where he was too drunk to realize the property was not his, could be convicted of criminal intoxication if the intoxication was due to some *unreasonable* mistake — for example, he did not know ten pints of beer have that effect. A similar defendant claiming automatism could be convicted of theft if the automatism was due to some disturbance of mind that was *foreseeable*.

This original solution clearly raises problems, for these provisions would treat defendants lacking intent, recklessness or knowledge as though they had such intent, recklessness or knowledge. In the first example (intoxication) it would convict him, in the very rare case where his intoxication negates *mens rea*, of criminal intoxication for doing what, but for his intoxication, would have been the crime of theft, for (runs the argument of this approach) if he had been sober he would have known the property was not his and would have therefore stolen it. But how can we know that if he had been sober and known the property was not his, he would have nevertheless taken it *with intent to steal*? How can we know he would have taken it at all?

Likewise, in the second example (automatism) there could still be a conviction of stealing if the automatism was the defendant's own fault. But for his automatism (runs the argument) he would have taken the property consciously and voluntarily. Again,

64. For further discussion see Eric Colvin, "Codification and Reform of the Intoxication Defence" (1983-84), 26 *Crim. L.Q.* 43.

65. See also D. Galloway, "Why the Criminal Law Is Irrational" (1985), 35 *U.T.L.J.* 25.

how can we know that if he had been capable of acting consciously and voluntarily, he would have taken the property *with intent to steal*? How can we know he would have taken it at all?

Yet how can the criminal law not punish harm caused through self-induced intoxication or automatism? To let oneself get into such a state and then cause harm is clearly blameworthy and negligent. So why not punish it as such and not on the specious grounds involved in the above intoxication and automatism provisions? Why not convict such people, when the intoxication or automatism is their own fault, of negligent killing, negligent injury, and so on?

This second solution poses two problems. First, it would require convicting of negligent *killing* and so forth, when the negligence in fact related not to the killing and so on but rather to the getting drunk or the falling into a state of automatism. Second, there could be no conviction where negligence was not a head of liability; in particular there could be no conviction in cases of vandalism and arson, whereas we are informed by those working in the field that these are the bulk of the serious crimes in fact committed by those in a state of intoxication. Of course this second problem could be solved by making negligence a head of liability for arson and vandalism, but this we argued earlier would go against tradition, run contrary to the need for restraint and so, we think, unduly widen the ambit of the criminal law.

A third solution might be as follows. Avoid all suggestion of deeming and of imputing fictitious intent or knowledge; at the same time avoid artificial application of negligence and of widening the definitions of arson and vandalism, but instead fasten on the thing that is really blameworthy and go back to a modified version of the criminal intoxication crime. Let the law provide that it is a crime for anyone to be in a state of intoxication or automatism through his own fault and in such a state to cause injury to persons or damage to property.

This third solution also faces problems. First, while allowing convictions in property damage cases, it would not extend to non-damage cases such as theft and fraud. Second, it would mean that one who drunkenly kills another without *mens rea* would, contrary perhaps to ordinary intuitions, be convicted not of manslaughter but of criminal intoxication.

In those circumstances, we put forward all three alternatives. The first is to retain the rules set out in Working Paper 29. The second is to extend negligence to damaging property and to make blameworthy automatism and intoxication no defence to crimes of negligence. The third is to provide for a criminal intoxication and automatism crime consisting in causing harm through blameworthy intoxication or automatism.

RECOMMENDATION

8. *Alternative (1):* **That the rules on automatism and intoxication remain as set out in Working Paper 29.**

Alternative (2): **That both intoxication negativing intent or knowledge, and automatism negativing intentionality be complete defences, unless they arose through the accused's own fault or negligence and the offence charged is one of negligence.**

Alternative (3): **That the rules on intoxication and automatism be modified to provide that: subject to the provision on criminal intoxication or automatism, intoxication and automatism are complete defences; and, it is an offence of criminal intoxication or criminal automatism, as the case may be, to cause injury to the person or damage to property in a state of intoxication or automatism for which one is to blame.**

Other defences can be defeated by negligence but these present no problem. While mistake of law is generally no defence, exceptions are set out in draft section 10 of Working Paper 29. One relates to reasonable ignorance of law owing to non-publication; there, the exception to the rule requiring citizens to know the criminal law is a concession made on the ground of fairness and so is properly restricted to those who take reasonable care and are not to blame for their mistake or ignorance.

Likewise with such defences as duress, self-defence and defence of property. All these, according to Working Paper 29, should only avail those whose response to the situation in question was reasonable. One who defends himself by using more force than that regarded as reasonable by the law, should not be acquitted simply because of his mistake. Either he makes a simple mistake of law and so has no excuse, or else he is trying to be wiser than the law — something the law cannot allow. (Of course excessive force owing to mistake of fact relating to the circumstances is different; as with any other mistake of fact it need only be genuine.)

III. What Degree of Negligence Should Be Required for an Offence of Negligence and How Should This Be Defined?

This question is at the same time the easiest and the hardest of the three. The easiest, because there is general consensus, among lawyers at least, that the degree of negligence attracting criminal liability must be greater than that attracting merely civil liability.[66] The hardest, because it has proved impossible to define or specify, without ending up in circularity, the exact nature of this degree.

In the case-law three different levels of fault emerge: recklessness, gross or criminal negligence, and mere civil negligence. Recklessness, in law if not in lay language, is usually taken to refer to the conscious taking of a serious and unjustifiable risk — the offender foresees the harm but still he takes the risk. Mere civil negligence means

66. J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 5th ed. (London: Butterworths, 1983), pp. 83-4; G. Côté-Harper and A. Manganas, *Droit pénal canadien* (Cowansville: Yvon Blais, 1984), pp. 268-70; J. Fortin and L. Viau, *Traité de droit pénal général* (Montréal: Thémis, 1982), pp. 115-6.

failing to take due care, the care that would be taken in the circumstances by the reasonable person — either the defendant sees the risk and takes it but the risk is not so serious or unjustifiable as to make him reckless, or he does not see the risk but should have been aware of it. Between the two stands gross or criminal negligence — though short of recklessness, it falls further below the standard of reasonable care than does ordinary negligence.

How should this kind of negligence be defined? How else except by words such as "gross," which simply mean "a lot more" than ordinary negligence but do not tell us how much more? Or by words such as "criminal" which are clearly circular and merely mean "enough to be a crime" but do not tell us how much is enough?

The problem is that we cannot quantify the unquantifiable. True, criminal negligence should involve a greater fall below the standard of care than civil negligence, as words such as "gross," "serious" and "criminal" signify. But the shortfall cannot be calibrated since it is in fact a metaphor. A precise measure is no more possible of criminal negligence than of reasonable care, reasonable force and other legal terms involving judgment calls. All that can be done is to use a term such as "gross" to show that ordinary negligence is not enough.

Accordingly, a judge would then direct a jury in a homicide trial as follows:

Assuming you are satisfied beyond reasonable doubt that the defendant caused the victim's death, you then have to ask yourselves whether he did so intentionally, recklessly or with gross negligence.

Did he do it intentionally — was his aim, for whatever reason or ultimate purpose, to kill the victim? If so — if you are satisfied beyond reasonable doubt that he did — then you must find him guilty of murder.

Suppose you are not satisfied that he did it intentionally. Then, did he do it recklessly — did he kill the victim through exposing him to an obvious unjustifiable risk of death? Did he know that his conduct was substantially likely to cause the victim's death and that there was no social justification for that conduct? The sort of justification you will have in mind is that applying to a surgeon carrying out a risky operation. He knows, and the patient knows, that there is a serious risk of death but he takes it in the interest of improving the patient's condition. This is allowed by law. If you are satisfied that he acted recklessly in the sense that he had no such justification, you must find him guilty of manslaughter.

Suppose you are not satisfied that he acted recklessly. Then did he do it through taking less care than he should have taken — less care than a reasonable person in his shoes would have taken? But second — because mere lack of care is not enough for criminal law — was his lack of care so serious that it is no longer simply a matter between the two parties for compensation through the civil law but rather a matter of public concern calling for stigma and punishment through criminal law? If so, you must find him guilty of negligent homicide.

You may ask how to tell gross from ordinary negligence. There is no precise way of measuring degrees of negligence. But we can all recognize the difference between being a bit careless and being very careless. You have to use your judgment and say whether in your view the defendant could be said to have been *very* careless. It is a judgment call.

Finally, if you are not satisfied that he was grossly negligent, you must acquit. If you think he was not even careless at all or was at most a bit careless, that is, ordinarily negligent — then you must find him not guilty.

RECOMMENDATION

9. That negligence in criminal law should be defined simply as gross negligence or as substantial failure to take reasonable care.

CHAPTER THREE

Endangerment

The question raised in this part of the present Working Paper is the following. Should there be general criminal liability for endangering others? Suppose D recklessly imperils V but: does not injure him so as to commit the crime of causing bodily harm; does not intend to injure him so as to commit some crime of attempt; and does not commit some specific offence such as dangerous driving, careless use of firearms or endangering the safety of an aircraft. Suppose he is merely an extremely reckless cyclist, skater or skier hurtling along with wanton disregard for others who miraculously escape injury. Under present law he has no criminal liability. But should he? Should there be a general crime of reckless endangerment?

Strictly speaking, this question falls outside the ambit of a Paper on the General Part. Clearly the imposition of any general liability would result from an offence-creating section, finding its natural place within the Special Part. Such a section might most naturally be located under the Special Part chapter of "Offences against the Person," as is the case under the *Model Penal Code*[67] and under the various state codes modelled on it.

On the other hand, convenience suggests the present Paper as the proper place for such discussion. For one thing, the question concerns creation of an extremely general offence analogous to inchoate offences, and these traditionally have been located in the General Part. For another, its creation raises general issues of a fundamental nature calling for discussion of basic principle, and principle belongs pre-eminently to the General Part.

Now in principle all common law liability was for causing damage. In tort there had to be an injured plaintiff. In criminal law — at least in the major crimes against the person or against property — there had to be an injured victim. Murder, manslaughter, assault, arson, theft and robbery — all these caused harm to identifiable individuals.

As Bentham pointed out, however, crimes cause two different kinds of harm. First they cause primary harm to individual victims — death, injury or loss of property. Next, they cause secondary harm to the community — fear and alarm in general.[68] Indeed for this very reason crimes have been seen as public wrongs, that is, wrongs to society in general.

---

67. American Law Institute, *Model Penal Code* (Philadelphia: A.L.I., 1980).

68. *Supra*, note 9, pp. 152-63.

This being so, the occurrence of primary harm is not always at common law a necessary condition for criminal liability. Indeed secondary harm alone was sufficient in three contexts: (1) inchoate and related offences; (2) public nuisance; and (3) the various specific statutory offences of endangerment.

Most obvious is the category of inchoate offences. If A attempts, incites B or conspires with C to injure V, he commits an offence even though in fact he never inflicts harm on V — the mere attempt, incitement or conspiracy suffices. The secondary harm leads criminal law to step in to prevent harm before it actually ensues. Inchoate offences along with criminal participation are discussed in Working Paper 45.

Besides inchoate offences, most systems of criminal law contain numerous preliminary offences which are complete before occurrence of the real harm aimed at by the law. Perjury is complete, as the authors of the *Model Penal Code* observe, though the trial outcome is not affected, and bribery of a public servant is proscribed even though no official action is influenced thereby.[69] Other typical examples are possessing counterfeiting instruments,[70] possessing house-breaking instruments,[71] trespassing at night[72] and so on.

The next category of "harmless" crimes is that of public nuisance. At common law a nuisance, says *Russell on Crime*,[73] is anything which "works hurt, inconvenience or damage" and a public nuisance is one which "materially affects the public and is a substantial annoyance to all the Queen's subjects."[74] It can be committed by "doing something which tends to the annoyance of the public," such as obstructing a highway, or "neglecting to do a thing which the common good requires," such as keeping a corpse unburied. Essentially, as Lord Denning put it, a public nuisance is one so widespread or indiscriminate in its effect that it would not be reasonable to expect one person to take proceedings on his own to put a stop to it; rather, it should be the responsibility of the community at large.[75]

Stephen, however, defined the offence of "common nuisance" more narrowly. He saw it as "an *act not warranted by law or an omission to discharge a legal duty*, which act or omission obstructs or causes inconvenience or damage to the public in the exercise of rights common to all His Majesty's subjects."[76] [Emphasis added] To Stephen, unlike Russell, it was not enough for the act or omission to tend to the inconvenience of the public; it also had to be itself "not warranted by law."

---

69. *Supra*, note 67, p. 199.
70. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 416.
71. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 309(1).
72. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 173.
73. J.W. Cecil Turner, *Russell on Crime*, 12th ed. (London: Stevens, 1964), vol. 2, p. 1387.
74. *Ibid.*
75. *Attorney General* v. *P.Y.A. Quarries, Ltd.*, [1957] 1 All E.R. 894, p. 902.
76. Stephen, *supra*, note 7, p. 108.

Following Stephen, our *Criminal Code* includes this requirement in its definition of common nuisance. *Criminal Code* subsection 176(2) provides that:

> ... every one commits a common nuisance who does an unlawful act or fails to discharge a legal duty and thereby
>
> (*a*) endangers the lives, safety, health, property or comfort of the public, or
>
> (*b*) obstructs the public in the exercise or enjoyment of any right that is common to all the subjects of Her Majesty in Canada.

Also, by subsection 176(1) it is an offence to commit a common nuisance and thereby endanger the lives, safety or health of the public.

Whatever the definition — be it Russell's, Stephen's or our *Criminal Code*'s — the gist of common nuisance is its secondary harm, that is, its effect on the public. Injury to specific individuals is neither necessary nor sufficient. It is the danger or substantial annoyance to society in general that is the kernel of the crime.

The third and final category is that of specific statutory offences of endangerment. Of these there is in Canada, as in most similar jurisdictions, a goodly number. Convenience would subdivide them into those concerning dangerous activities, those relating to dangerous things and those dealing with dangerous weapons.

Most of our "dangerous activity" offences relate to transport. Of these the most conspicuous are driving offences — driving with criminal negligence,[77] driving dangerously,[78] impaired driving[79] and driving with over 80 milligrams of alcohol in the bloodstream.[80] Other examples are dangerous operation of vessels, and so forth (section 240), navigating with over 80 milligrams of alcohol in the bloodstream (section 240.2), taking an unseaworthy ship to sea (section 243), interfering with marine signals (section 395), interfering with transportation facilities (section 232) and endangering the safety of an aircraft in flight (section 76.2). In all of these the gravamen is not the harm caused — there may be none — but rather the harm risked.

"Dangerous thing" offences most obviously concern explosives. An example is the offence of failing to use reasonable care, when in possession or control of an explosive substance to prevent bodily harm, death or damage to property (sections 77 and 78). Similar to this is the offence of possessing in a public place "an offensive volatile substance that is likely to alarm, inconvenience, discommode or cause discomfort to any person or to cause damage to property, ..." (paragraph 174(*a*)). Noteworthy also in this connection is subsection 387(2) which raises the penalty for mischief (fourteen years for public property and five for private property) to life imprisonment where its commission "causes actual danger to life."

---

77. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(1).
78. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(4).
79. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234(1).
80. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 236(1).

Finally, there are the "dangerous weapons" offences. Our present *Code* in sections 82 through 106 contains a virtual mini-code relating to firearms and other offensive weapons. In addition, subsection 76.3(1) makes it an offence to take an offensive weapon on board an aircraft.

Clearly then, our criminal law already takes note of endangerment. It does so, as we have seen, through the medium of inchoate offences, through the crime of common nuisance and through the specific prohibitions of certain dangerous actions. But this is to do so in a fashion that is random, *ad hoc* and lacking principle. So, should our law now take a further step and formulate a general principle outlawing reckless endangerment?

To take this step, as Smith points out,[81] would involve no great novelty. In 1846 and also two years later, the English Criminal Law Commissioners recommended the creation of two general endangerment offences. One was the offence of maliciously putting the life of another in danger,[82] the other that of negligently causing danger to the life of another.[83] In fact, however, no such offences found their way into the criminal law of England.

Recent years, though, have seen significant developments. In 1970 the Law Commission in its Report, *Offences of Damage to Property*,[84] recommended introducing an offence of damaging property "with the intention of endangering the life of another or with recklessness in this regard" on the ground that otherwise "a considerable gap is left, especially when the offender is reckless as to endangering personal safety and yet no injury is caused."[85] This recommendation was enacted in the *Criminal Damage Act 1971*.[86] This is a notable expansion of previous English law although the new endangerment offence is piggybacked on an offence of criminal damage or mischief, unlike that proposed in 1845.

Much more in line with the 1845 proposal is an American development, namely the endangerment provision in the *Model Penal Code*.[87] Section 211.2 provides that an offence of reckless endangerment is committed by anyone who "recklessly engages in conduct which places or may place another person in danger of death or serious bodily injury." The section further provides that "recklessness and danger shall be presumed where a person knowingly points a firearm at or in the direction of another, whether or not the actor believed the firearm to be loaded."

---

81. K.J.M. Smith, "Liability for Endangerment: English *Ad Hoc* Pragmatism and American Innovation," [1983] *Crim. Law Rev.* 127, p. 129.

82. Criminal Law Commissioners, *Second Report* (London: HMSO, 1846), Chap. 1, s. 7, art. 4.

83. *Id.*, Chap. 1, s. 7, art. 5.

84. English Law Commission, *Offences of Damage to Property* [Report No. 29] (London: Professional Books, 1970).

85. *Id.*, para. 25, pp. 10-1.

86. *Criminal Damage Act 1971* (U.K.), c. 48.

87. *Supra*, note 67.

The *Model Penal Code* proposal has been included in most state codes and in the proposed new federal code. As Smith points out, however, there is considerable variation between the different states as to the requisite degree of risk, the need for actual or merely potential danger, grading and punishment, and prosecutional policy.[88] Despite these variations the United States shows widespread recognition of the need for general criminal law proscription of endangerment — a proscription which could be applied to firing a loaded gun into a crowd, poisoning a well used for drinking water, opening a bridge about to be crossed by a line of cars, to firearm and automobile cases, and even in one unusual case, to a strike by firemen.

Similar recognition is to be found in several non-common law jurisdictions. *The Swedish Penal Code*,[89] for instance, creates in section 9 an offence of "creating danger to another." *The Penal Code of the Polish People's Republic*[90] imposes liability for exposing a human being to an immediate danger of loss of life, serious bodily injury or serious impairment of health. Particularly interesting is *The Austrian Penal Act*,[91] which after proscribing in section 334 acts and omissions likely to cause and in fact causing injury, and after creating in Chapters IX and X numerous specific offences of endangering health and corporeal safety, continues in section 431 by stating that "it is not possible to enumerate the petty misdemeanors which may impair safety" and by providing therefore that "every act or omission referred to in s. 335 shall be punished as a petty misdemeanor ... even if it did not actually cause an injury."

The idea of a general offence of endangerment, then, is not new. It was proposed more than a hundred years ago in England. It was included in most United States codes within the last twenty years. It has been incorporated into several European codes. Meanwhile, as we have seen, endangering has been dealt with in piecemeal and sporadic fashion by our own criminal law.

Now should a new Criminal Code go further? Should it contain, as in those mentioned above, a general crime of endangerment? Should such a general crime replace, or supplement, the more specific provisions presently existing? And what should be the physical and mental elements of such a crime?

I. A General Crime of Endangerment

First, should there be a general crime of reckless endangerment? One obvious objection to including such a crime within our Code relates to the reach of criminal law. It is that such inclusion would unduly extend the ambit of the criminal law beyond

88. Smith, *supra*, note 81, p. 132.

89. *The Swedish Penal Code* (1965), as amended to January 1972.

90. *The Penal Code of the Polish People's Republic* (1970), art. 160.

91. *The Austrian Penal Act* (1852 and 1945), as amended to 1965.

what really warrants its concern, namely, real harmfulness. It would entail that many an act of reckless (and possibly merely negligent) endangering, which would not even incur civil liability, would now attract criminal liability, although the latter is commonly seen as far more serious than the former.

To this, however, there may be a fairly easy answer. First, reckless endangerment is penalized at present when it results in death or injury but not when it does not. However, where is the logic or justification for this when the result is usually quite fortuitous from the endangerer's standpoint? Why should the latter benefit in the one case from the victim's lucky escape and suffer in the other from his misfortune? Secondly, the fact that tort liability is predicated on actual harm says nothing about the relative seriousness of criminal and civil liability. It merely results from the fact that tort law serves to provide compensation for actual harm and that those who escape harm have usually nothing for which to be compensated.

Another objection relates to certainty. Where V is injured by D's conduct it can fairly readily be inferred that that conduct endangered V — the fact of its causing injury is good evidence that it created risk of injury. But absent actual injury, the risk or likelihood of injury is much more speculative and uncertain. Meanwhile, in the interests of certainty the criminal law should surely be confined to cases of clearly harmful conduct.

This objection too admits of a ready answer. Occurrence of actual harm is a pointer but no more than a pointer to the existence of risk. An act in no way viewed as risky can quite fortuitously cause damage and one that is clearly wanton and dangerous can miraculously produce no harm. Yet it may be argued that any rational code of criminal law should withhold liability from the former but could reasonably impose it on the latter.

A third objection has to do with values. Elsewhere it has been argued by this Commission that the function of the criminal law is to denounce attacks on basic values.[92] Homicide and other crimes of violence, being frontal attacks on the basic values of life, safety and bodily integrity, are obviously fit subjects for inclusion in the criminal calendar. By contrast abstract recklessness — behaviour which in fact creates no actual harm, but merely a risk of harm often to the agent himself — should not be seen as a direct attack on basic values but rather as a defect or want of prudence, and should therefore find no place in the *Criminal Code*.

Here again an answer can be advanced similar to that given to the second objection. An attempt on V's life by D is an attack on basic values whether the attempt succeeds or not — the actual completion of the crime in terms of actual ensuing harm is quite irrelevant to D's own culpability, dangerousness and threat to fundamental values. Hence the inclusion in our law of inchoate alongside completed crimes. Likewise, an act on D's part showing wanton disregard for V's safety must be equally a violation of basic values whether V escapes injury or not — again surely completion in terms of actual

92. *Supra*, note 60, p. 16.

harm is irrelevant to D's own culpability, dangerousness and threat to fundamental values. Hence the Supreme Court of Canada's attraction, shown in *Lajoie*,[93] to the supplementation of murder under subparagraph 212(*a*)(ii) (death by a defendant who "means to cause ... bodily harm that he knows is likely to cause ... death, ...") by an inchoate murder offence (where the death is not in fact caused, but the defendant means to cause bodily harm and so forth) — a supplementation unfortunately purchased at the cost of straining the meaning of the word "attempt."

Apart from these counter-arguments to the above objections, more positive reasons can be given for recognition of a general offence of reckless endangerment. First, it would mean that our criminal law, like that of many other jurisdictions, would, in the words of the authors of the *Model Penal Code*, afford "a comprehensive provision against dangerous conduct," and "carry forward the substance of a multitude of particularistic [sections] punishing one or another instance of risk creation," and would "give systematic statement to the *ad hoc* provisions of prior law."[94] Second, it would replace pragmatism by principle. Third, it would facilitate early intervention by authority and hence facilitate prevention of actual harm occurring. Finally, in line with what was argued earlier, mere wanton disregard of others' safety is surely in itself deserving of denunciation, sanction and stigma as a serious infringement of a basic value. For these reasons an offence of reckless endangerment appears to us a necessary item for inclusion in a new code of criminal law.

RECOMMENDATION

10. That the new Criminal Code include a general offence of endangerment within the "Offences against the Person" chapter.

II. Replacement or Supplement?

Next, should the new general offence of endangerment serve as a replacement or as a supplement to common nuisance and to the various specific offences of endangering? Logic and rationality would suggest the former, that is, that the new general offence should now replace the present law: logic, because this would prevent overlap, redundancy and possibly inconsistency; rationality, because it would substitute principle for *ad hoc* provisions.

Pragmatism, however, would caution the opposite and suggest that the new general offence should serve more as a supplement to the existing law. For one thing, common nuisance may need retention in a revised and more extended form to cover not only danger but also substantial inconvenience to the public. After all, the most conspicuous

93. *Lajoie* v. *The Queen* (1973), 10 C.C.C. (2d) 313 (S.C.C.).

94. *Supra*, note 67, p. 198.

type of public nuisance at common law was obstruction of the highway — conduct which may not involve any actual or potential danger. This question will be discussed in a later Paper on the topic of Nuisance. Meanwhile, we would not wish to delete this offence from the criminal calendar.

For another thing, a general offence of endangerment could not at present easily replace the different specific crimes concerning explosives, firearms, driving and so on. One reason is that, as we see it, the public perceives such hazards as needing more special treatment than would be afforded by a general endangering offence. Another is that some of these, firearms and driving especially, require and indeed enjoy a comprehensive regulatory scheme covering far more than the mere matter of endangerment. A third reason is that such hazards call for consideration by the use of technical and scientific expertise rather than mere commonsensical appraisal of risk. Accordingly, while in due course we plan to examine these areas of law individually with a view to their possible improvement, we feel that it would be inadvisable to replace them by one general endangering offence.

In our view a general offence of endangerment would serve two functions. First, it would usefully articulate the general principle underlying all the more specific endangering offences. Second, it would serve as a residuary offence to cover conduct clearly meriting denunciation for its wantonness but yet falling outside any of the more specific offences. Under our new Code, as in many of the others to which we have referred, the general offence would not replace but rather supplement the more particular offences.

RECOMMENDATION

11. That the offence of endangerment should not replace but should supplement common nuisance and the other endangering offences.

III. Physical and Mental Elements

How far should a general offence of endangering extend? Dangerous behaviour can put at risk another person's life, safety, property and comfort. Indeed, the *Criminal Code* definition — though not the offence — of common nuisance speaks in paragraph 176(2)(*a*) in terms of endangering the "lives, safety, health, *property or comfort* of the public, ..." [Emphasis added] Similarly, the duty of care imposed by section 77 on those possessing or controlling explosive substances is "to use reasonable care to prevent bodily harm or death to persons or *damage to property* by that explosive substance." [Emphasis added] To take one more example, it is a crime contrary to paragraph 174(*a*) to possess in a public place "an offensive volatile substance that is likely to *alarm, inconvenience, discommode or cause discomfort to any person* or to *cause damage to property*, ..." [Emphasis added]

All the above examples involve special factors. The first, common nuisance, has a public dimension — it refers to the lives and so forth "of the public." The second has to do with a special hazard involving particular risks. The third relates to a similar specific hazard fraught with extra danger. In all such cases, then, it seems reasonable to extend the ambit of the law to cover risk to convenience, comfort and property — those persons involved with the public, with explosives and with volatile substances must take extra care.

The same surely cannot be said of conduct in general. Much that we ordinarily do may entail some measure of risk to others — to their lives, safety, comfort, convenience and property. But risk cannot be totally avoided without stifling all initiative and enterprise. Clearly, a balance has to be struck between risk and enterprise.

In our view, absent special factors such as those discussed above, the right balance as regards the object at risk is the following. Conduct endangering the convenience, comfort and property of individuals should continue to be left to the civil law as more appropriate for injunction and compensation between the parties concerned. Conduct endangering the convenience, comfort and property of the public should continue to be dealt with under the special offence of common nuisance. But conduct endangering the life and safety of the individual, because of the high value set thereon, should properly form the subject of the general offence. Whether there should be a separate offence of endangering the environment will be determined by the Protection of Life Project. Accordingly, we would propose that our new Code, like those others mentioned above, should confine the general endangering offence to conduct causing risk of death or serious bodily harm.

Conduct of course can consist of acts, omissions or conditions. Clearly, acts endangering safety would fall under the offence. Equally clearly, conditions would so rarely endanger safety that they would be best dealt with, if at all, by specific endangering offences. But what about omissions?

Omissions can attract liability in three ways: if they are in fact spurious (pseudo-nonfeasance), if they are specifically prohibited or if they cause result-crimes. Spurious omissions are in fact acts and would fall under the offence. Specifically prohibited omissions would be criminal in their own right and therefore irrelevant to the general offence. Omissions causing result-crimes — commission by omission — are less clear.

What is a result-crime? Clearly it is one resulting in harm or damage, but what about one resulting in risk or danger? In our view, tradition regards result-crimes as comprising only those where actual injury or damage is effected, and policy would suggest the same in the general interest of restraint in the use of criminal law. Meanwhile it should be noted that the various specific endangering offences, depending on the specific provisions defining them, may still, as with dangerous driving, be committed by an omission. But the general offence of endangering should not qualify as one that can be committed by omission.

Finally, what should be the mental element of the general offence of endangerment? Elsewhere we have argued that commission of a criminal offence should generally require intention, knowledge or recklessness.[95] Exceptionally, as argued earlier in this Paper,[96] where death or serious bodily harm results, we recommend that criminal or gross negligence (as explained above) should suffice.

Applying those arguments to the specific question, we take the following view. First, liability for recklessness would clearly be in order — a person knowingly exposing others to a substantial risk of death or serious injury clearly merits the attention of the criminal law. Second, because of the harm risked, liability for gross negligence would also be appropriate — if death and serious injury suffice for criminalizing gross negligence, then so does the risk of death and serious injury.

RECOMMENDATIONS

12. That the general offence of endangerment should be restricted to acts causing risk of death or serious bodily harm.

13. That the requisite culpability for the general offence of endangerment should be gross negligence.

95. *Supra*, note 13, pp. 22-34.

96. Recommendations 7 and 9, pp. 24 and 30.

Summary of Recommendations

1. That in general there be no criminal liability for not acting.

2. That a person who creates or is in control of a danger should have a duty to take reasonable steps to prevent harm to others therefrom.

3. That the General Part specify that all people have a duty to take reasonable steps to provide necessaries of life to their spouses, to their children and to other family members living in the same household with them.

4. (1) That the General Part specify that all people have a duty to take reasonable steps to carry out any undertaking, gratuitous or otherwise, whose non-performance will cause serious danger to life.

(2) That there be no duty to carry out an undertaking to give medical treatment where such treatment is therapeutically useless or is contrary to the patient's wishes.

5. That the General Part should specify that all people have a duty to take reasonable steps to provide necessary asssistance to those with whom they share in a dangerous enterprise.

6. That the Special Part provide that everyone commits a crime who fails to take reasonable steps to assist another person whom he sees in instant and overwhelming danger, unless he is incapable of doing so without serious risk to himself or another or there is some other valid reason for not giving assistance.

7. That it should be a crime negligently to cause death or serious bodily harm to another.

8. *Alternative (1):* **That the rules on automatism and intoxication remain as set out in Working Paper 29.**

Alternative (2): **That both intoxication negativing intent or knowledge, and automatism negativing intentionality be complete defences, unless they arose through the accused's own fault or negligence and the offence charged is one of negligence.**

Alternative (3): **That the rules on intoxication and automatism be modified to provide that: subject to the provision on criminal intoxication or automatism, intoxication and automatism are complete defences; and, it is an offence of criminal**

intoxication or criminal automatism, as the case may be, to cause injury to the person or damage to property in a state of intoxication or automatism for which one is to blame.

9. That negligence in criminal law should be defined simply as gross negligence or as substantial failure to take reasonable care.

10. That the new Criminal Code include a general offence of endangerment within the "Offences against the Person" chapter.

11. That the offence of endangerment should not replace but should supplement common nuisance and the other endangering offences.

12. That the general offence of endangerment should be restricted to acts causing risk of death or serious bodily harm.

13. That the requisite culpability for the general offence of endangerment should be gross negligence.

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort* (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration* (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat* (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes — Un cadre pour la prise de décisions* (23 oct. 1985)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions* (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes* (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel* (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1985)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (1985)
41. *L'arrestation* (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement* (1985)
45. *La responsabilité secondaire* (1985)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

L'OMISSION, LA NÉGLIGENCE ET LA MISE EN DANGER

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1985
N° de catalogue J32-1/46-1985
ISBN 0-662-54082-4

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 46

L'OMISSION, LA NÉGLIGENCE ET LA MISE EN DANGER

1985

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^e^ Gilles Létourneau, vice-président
M^e^ Louise Lemelin, c.r., commissaire
M^e^ Joseph Maingot, c.r., commissaire
M^e^ John Frecker, commissaire

Secrétaire par intérim

Harold J. Levy, LL.B., LL.M.

Coordonnateur de la section de recherche sur les règles de fond du droit pénal

François Handfield, B.A., LL.L.

Conseiller principal

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

Conseillers

Lita Cyr, LL.B.
Donna White, B.A., LL.B.

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE UN : L'omission 3

I. Le fondement de la répugnance du common law à incriminer l'inaction 3

RECOMMANDATION 1 8

II. Le fondement de l'incrimination exceptionnelle de l'inaction 8

A. L'inaction dans le cours d'une action 8

(1) L'absence fictive d'action — la pseudo-inaction 9
(2) L'action fictive — la pseudo-action 11

RECOMMANDATION 2 12

B. L'inaction expressément réprimée en tant qu'omission 12

C. L'inaction provoquant un résultat dommageable : le délit de commission par omission 13

(1) Les liens de parenté 15

RECOMMANDATION 3 16

(2) Les liens assumés 16

RECOMMANDATION 4 16

(3) Les autres liens : la participation commune à une activité dangereuse 16

RECOMMANDATION 5 17

(4) L'obligation née de la situation des parties 17
a) L'auteur du danger 17
b) La neutralisation du danger 18
c) Le sauvetage 18

RECOMMANDATION 6 22

CHAPITRE DEUX : La négligence 23

I. Devrait-on créer des crimes de négligence? 24

RECOMMANDATION 7 27

II. La négligence devrait-elle engager la responsabilité pénale? 27

RECOMMANDATION 8 31

III. Quel degré de négligence devrait être exigé pour le délit de négligence et comment le définir? 32

RECOMMANDATION 9 34

CHAPITRE TROIS : La mise en danger 35

I. L'infraction générale de mise en danger 40

RECOMMANDATION 10 42

II. Remplacer ou compléter? 42

RECOMMANDATION 11 43

III. Les éléments matériel et moral 43

RECOMMANDATIONS 12 ET 13 45

SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS 47

Introduction

Le présent document fait suite au document de travail 29 où les auteurs proposaient d'intégrer dans un nouveau code criminel certaines règles relatives à la responsabilité pénale et aux moyens de défense généraux. Au cours des consultations tenues par la suite, et dans nos travaux sur le vandalisme et l'homicide publiés postérieurement, il est apparu nécessaire d'examiner davantage trois sujets précis, à savoir l'omission, la négligence et la conduite dangereuse n'entraînant aucune conséquence néfaste pour autrui.

Ces sujets ne relèvent pas à proprement parler de notre droit pénal. Traditionnellement, le droit punissait les actes commis avec «préméditation» qui portaient atteinte à la chose ou à la personne d'autrui. Le droit incriminait le délit d'action plutôt que l'inaction, l'action intentionnelle et l'insouciance plutôt que la négligence, et le résultat dommageable plutôt que le danger.

Bien entendu, il y avait des exceptions. L'homicide, par exemple, pouvait résulter non seulement de la commission d'un acte mais aussi, dans certaines circonstances, d'une omission. S'il pouvait être commis intentionnellement et par insouciance, il pouvait l'être également par négligence grave ou criminelle. En outre, d'autres délits, telles l'incitation et la tentative, étaient réprimés moins pour les préjudices réels occasionnés que pour les risques et le danger créés.

Toutefois, la portée de ces exceptions ainsi que les motifs qui les justifient sont difficiles à déterminer. Ni le code actuel ni le common law dont il est inspiré ne fournissent d'indications claires à ce sujet. L'histoire, plus que l'application de principes préétablis, expliquerait la formation de ces règles de droit.

Cependant, il est évident que l'analyse de ces questions doit permettre de dégager des principes. Un code pénal parfaitement cohérent ne peut être réalisé sans l'étude exhaustive du fondement et de la portée des délits d'omission, de négligence et de mise en danger. Cette étude fait précisément l'objet du présent document.

CHAPITRE UN

L'omission

L'omission a été brièvement abordée dans les documents de travail 29 (*Partie générale : responsabilité et moyens de défense*) et 33 (*L'homicide*). En principe, la responsabilité pénale résulte de l'action plutôt que de l'inaction mais, exceptionnellement, l'inaction que le droit considère comme une abstention ou une omission lorsqu'il y a obligation d'agir, peut faire entrer en jeu la responsabilité pénale.

À ce sujet, nous avons formulé trois recommandations : (1) nul ne devrait engager sa responsabilité pénale s'il *ignore* que les circonstances conditionnant l'obligation d'agir existent; (2) la responsabilité pénale ne doit être retenue qu'en cas d'inexécution d'une obligation *légale*; (3) les obligations légales énoncées au début de la Partie VI du *Code criminel* actuel (Infractions contre la personne et la réputation) devraient, en raison de leur application plus générale, être intégrées à la partie générale.

Le présent document a un triple objectif : dégager les raisons qui sous-tendent le principe général, énoncer les motifs qui justifient la création de certains crimes d'omission et formuler des règles pour régir les obligations positives.

I. Le fondement de la répugnance du common law à incriminer l'inaction

En principe, notre droit pénal, qu'il s'agisse du *Code* actuel ou des règles de common law qui l'ont précédé, a toujours puni l'action plutôt que l'inaction[1]. Comme on l'a souvent dit, en common law, [TRADUCTION] «inaction n'est pas faute». Le meurtre consiste à tuer une personne et non pas à la laisser mourir, le crime d'incendie est commis en mettant le feu à un bâtiment et non pas en le laissant brûler, enfin le vol est le fait de s'approprier le bien d'autrui et non pas de ne pas le rendre à son propriétaire. Si la loi interdit de blesser son voisin, en revanche elle n'oblige pas à l'aimer et elle ne nous rend pas responsables les uns des autres.

1. J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2e éd., Indianapolis, Bobbs-Merill, 1960, p. 171; S. Milsom, «Not Doing Is No Trespass: A View of the Boundaries of Case», [1954] *Camb. L.J.* 105.

Mais pourquoi le droit pénal établirait-il une différence entre l'action et l'inaction? Pourquoi est-ce que le fait de tuer une personne et celui de la laisser mourir ne seraient pas qualifiés tous deux d'homicide coupable? Pourquoi ne pourrait-on pas qualifier le fait de mettre le feu à un bâtiment et celui de le laisser brûler de crime d'incendie? Pourquoi ne pas qualifier de vol tant le fait de s'approprier le bien d'autrui que celui de ne pas le rendre à son propriétaire?

L'on prétend parfois que cette différenciation s'explique par l'absence de liens de causalité évidents entre l'inaction et le résultat dommageable[2]. S'il s'agit d'un assassinat, à supposer que tous les faits soient connus, il sera assez facile d'identifier l'auteur, le lieu ainsi que la date du crime et d'apprendre comment il a été commis. Si quelqu'un a simplement laissé mourir une autre personne, les réponses deviennent beaucoup plus nébuleuses. Très souvent, les questions suivantes sont posées : (1) Pourquoi accuser cette personne plutôt que cette autre dont l'intervention aurait pu sauver la victime? (2) Le lieu de la perpétration de l'infraction est-il celui où est morte la victime ou celui où se trouvait le défendeur? (3) Est-ce arrivé au moment de la mort ou un peu plus tôt, lorsqu'une intervention était encore possible? (4) Enfin, comment est-ce arrivé? Comme le fait remarquer Fletcher, paraphrasant *Anna Karenine*[3], chaque assassin tue à sa manière mais tous ceux qui «laissent mourir» les autres font la même chose. Bref, le lien entre l'abstention et le résultat dommageable est souvent nébuleux, et il est fréquemment difficile de rattacher «l'agent» à la victime.

Ce problème soulève la question de la causalité[4]. Sauf lorsque la loi incrimine directement l'inaction elle-même, il doit exister un lien de causalité entre l'abstention et le fait dommageable interdit pour que la responsabilité pénale soit engagée. L'inaction doit provoquer le résultat dommageable réprimé par un délit matériel (c'est-à-dire une infraction caractérisée par son résultat) tel le meurtre.

Mais qu'est-ce exactement qu'une cause? Les avocats considèrent souvent qu'il s'agit d'une simple condition nécessaire, la cause du fait X est l'ensemble des circonstances sans lesquelles ce fait ne serait pas arrivé. Cependant, cette opinion va clairement à l'encontre de nos perceptions ordinaires. Si l'on reprend la parabole du bon Samaritain,

---

2. Pour la meilleure étude, voir G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown, 1978, p. 602. Voir également T. Benditt, «Liability for Failing to Rescue», (1982) 1 *Law and Philosophy* 391; H. Beynon, «Doctors As Murderers», [1982] *Crim. L.R.* 17; J. Feinberg, «The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan», (1984) 3 *Justice Ethics* 56; H. Gross, «A Note on Omissions», (1984) 4 *J. Legal Stud.* 308; A. Linden, *Canadian Negligence Law*, Toronto, Butterworths, 1972, p. 216; A. Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 442; A. Linden, «Rescuers and Good Samaritans», (1972) 10 *Alta. L. Rev.* 89; A. Linden, «Tort Liability for Criminal Nonfeasance», (1966) 44 *Can. Bar Rev.* 25; R. Lipkin, «Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: An Individualistic Justification of the General Legal Duty to Rescue», (1983) 31 *U.C.L.A. L. Rev.* 252; J.C. Smith, «Liability for Omissions in the Criminal Law», (1984) 4 *J. Legal Stud.* 88; E. Weinrib, «The Case for Failing to Rescue», (1980) 90 *Yale L.J.* 247; A. Woozley, «A Duty to Rescue: Some Thoughts on Criminal Liability», (1983) 69 *Va. L. Rev.* 1273.

3. G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 601.

4. G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 588-602; H. Hart et A. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1956; H. Hart et A. Honoré, «Causation in the Law», (1956) 72 *L.Q. Rev.* 58, p. 260 et 398.

cela signifierait que les souffrances de l'homme qui a été attaqué par les voleurs n'ont pas été causées seulement par ceux-ci mais aussi par tous ceux qui auraient pu l'aider et ne l'ont pas fait, qu'ils aient été au courant ou non de ses blessures car l'on peut être une cause involontaire aussi bien que volontaire. Cependant, d'ordinaire nous ne poussons pas ce raisonnement aussi loin.

Dans le langage courant, le mot «cause» a une signification différente. Il désigne une condition nécessaire considérée inhabituelle ou anormale dans les circonstances[5]. Si un incendie se déclare dans un entrepôt, la cause en est attribuée à quelques facteurs anormaux comme une étincelle[6] provoquée par un court-circuit dans un câble électrique et non pas à un facteur normal comme la présence d'oxygène. En revanche, si un incendie éclate dans une chambre à vide utilisée pour contrôler les étincelles électriques, la cause serait la présence inhabituelle d'oxygène s'étant infiltré par accident et non pas les étincelles dont la présence est voulue dans ce cas.

La «cause» désigne aussi des actions humaines délibérées. Dans la plupart des cas, l'action est un élément anormal et donc un facteur de causalité, alors que l'inaction constitue l'élément normal et donc une simple condition nécessaire. L'action modifie le *statu quo*. L'inaction, par contre, n'altère pas l'état des choses et n'entraîne pas de changement. C'est pourquoi les souffrances du voyageur de la parabole seraient normalement attribuées à l'action des voleurs et non pas à l'inaction des passants. L'intervention est plus clairement liée aux résultats dommageables que la non-intervention.

Cependant, parfois, la non-intervention elle-même est anormale. Dans certains cas, nous nous attendons, et même peut-être exigeons du spectateur qu'il intervienne. Dans ce cas, la non-intervention serait considérée comme anormale et donc comme un facteur de causalité. Si un enfant se noie dans la baignoire pendant que sa mère le regarde et ne fait rien, sa mort peut clairement être attribuée à l'inaction de la mère. Une telle inaction, prévue ou non par la loi, constitue une *omission*, c'est-à-dire le fait de ne pas accomplir ce que la morale ou la loi, le cas échéant, commande.

Les exigences de la loi et de la morale ne coïncident pas toujours. Une omission peut fort bien être immorale sans être criminelle. Supposons que l'enfant se noie dans la baignoire, non en raison de l'inaction de sa mère, mais à cause de la non-intervention d'un passant étranger. Sur le plan moral, le passant serait blâmé. En revanche, il ne commet aucun crime, délit ou infraction en vertu de notre droit[7]. [TRADUCTION] «Pour déplorable que soit la conduite du prêtre et du lévite sur la route de Jéricho, le droit anglais n'assimile pas encore ce comportement à une conduite criminelle[8]».

---

5. H. Hart et A. Honoré, *Causation in the Law*, *op. cit. supra*, note 4, p. 31; G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 595.

6. H. Hart et A. Honoré, *Causation in the Law*, *op. cit. supra*, note 4, p. 32.

7. J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, 4e éd., Londres, MacMillan, 1877, p. 212; G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 584; J. Hall, *op. cit. supra*, note 1, p. 195.

8. *R.* v. *Miller*, [1983] 1 All E.R. 978, p. 980 (C.L.), le lord juge Diplock.

Plusieurs motifs ont été invoqués pour justifier cette indulgence de la loi à l'égard des omissions. D'abord, on prétend que soutenir toute autre opinion ouvrirait la porte à l'incertitude. Si la loi prescrivait [TRADUCTION] «des règles de bienfaisance[9]», imposait une obligation d'assistance et faisait de la non-intervention un délit criminel, dans tous les cas, selon Macaulay[10], l'obligation serait très imprécise. Si un chirurgien est la seule personne compétente pour effectuer une opération destinée à sauver la vie d'une personne, doit-il s'exécuter chaque fois qu'il le peut sans égard aux inconvénients qu'il subit? [TRADUCTION] «Quelle est la mesure des inconvénients qu'il doit supporter?[11]». Pour éluder cette difficulté, Macaulay prétend que la loi [TRADUCTION] «doit accorder l'impunité à la vaste majorité des omissions que la morale condamnerait[12]».

Cependant, l'imprécision n'est pas le seul élément du débat. Une «règle de bienfaisance» exigeant que des *efforts raisonnables* soient faits pour aider les personnes en péril s'harmoniserait fort bien avec les diverses prescriptions légales existantes concernant les soins raisonnables, la force raisonnable, les délais raisonnables, etc. Comme nous l'avons souligné ci-dessus, de telles règles normatives ne sont pas inconnues en common law[13].

La question de la liberté est encore plus importante. Selon Fletcher[14], l'argument le plus souvent invoqué pour établir une distinction entre les actions et les omissions sur les plans moral et légal, est que l'incrimination des omissions restreint davantage la liberté que la punition des actes positifs. Les tenants de l'individualisme et de l'intervention minimale de l'État prétendent que le fait d'interdire à un homme de causer un préjudice à autrui n'entrave pas trop sa liberté mais que le fait de le mettre au service d'autrui, même temporairement, le réduit en esclavage. Incriminer un acte positif comme le meurtre, c'est laisser l'homme agir librement sous réserve d'une interdiction

9. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1823, p. 322-323 :

   [TRADUCTION]
   Dans de nombreux cas, le caractère bénéfique de l'acte dépend essentiellement de la disposition de l'agent, c'est-à-dire des motifs qui semblent l'avoir animé. Ce caractère résulte du fait que l'agent a agi par sympathie, par amour de l'amitié ou par amour de la réputation d'autrui et non pour des raisons personnelles mises en jeu par la force de contraintes politiques, en un mot, selon que l'acte a été accompli de façon *libre* et *volontaire*, conformément à l'un des nombreux sens donnés à ces expressions ambiguës. Les limites de la loi à ce sujet semblent toutefois susceptibles d'être étendues davantage qu'elles ne l'ont jamais été jusqu'ici, semble-t-il. En particulier, dans le cas d'une personne en danger, pourquoi n'y aurait-il pas une obligation de prêter secours pesant sur tout homme lorsque cette assistance peut être apportée sans préjudice pour le sauveteur. De même, pourquoi n'y aurait-il pas une obligation de ne pas exposer les autres? Cette idée fait par conséquent l'objet du présent travail.

10. J. Hall, *op. cit. supra*, note 1, p. 191; voir également J. Bentham, *op. cit. supra*, note 9, p. 313; H. Gross, *A Theory of Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 1979, p. 27-29.

11. J. Hall, *op. cit. supra*, note 1, p. 191.

12. *Ibid.*

13. Commission de réforme du droit du Canada, *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* [Document de travail 29], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982, p. 100-101 et 115.

14. G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 602; P.J. Fitzgerald, *Criminal Law and Punishment*, Oxford, Clarendon Press, 1962, p. 96.

alors que sanctionner l'omission de porter secours, c'est-à-dire punir la passivité qui provoque la mort de la victime, ne laisse aucun choix à l'homme. Il doit, en effet, par son intervention prévenir la mort de la personne en cause. En élaborant les règles d'un droit pénal au service des intérêts de la société, le législateur doit tenir compte du fait que la liberté des individus qui la composent constitue l'un de ces intérêts. Il faut donc atteindre un équilibre entre les intérêts de ceux qu'il faut secourir et la liberté de ceux sur qui pèse cette obligation.

Sans adhérer entièrement à la doctrine de «l'intervention minimale de l'État»[15], nous ne pouvons pas manquer de constater qu'il y a une différence entre empiéter sur les droits d'une personne et refuser de lui fournir biens et services. Le meurtre est une atteinte. Le refus de «tenter avec empressement par tous les moyens de conserver la vie» n'entraîne aucune ingérence dans les droits de la personne mais fait obstacle au partage des biens et des services[16]. La loi se contente de dire «Ne fais pas de mal aux autres, ne sois pas l'artisan de leur malheur», sans ajouter «Fais du bien aux autres, améliore leur sort». De telles manifestations d'altruisme sont laissées aux bénévoles ou aux conventions privées, d'ordinaire suivant les règles du droit des obligations. Cette approche contribue à maximiser la liberté individuelle[17].

Toutefois, le souci de garantir la liberté en lui-même peut difficilement tout justifier. L'on pourra prétendre que la maximalisation de la liberté était fondée à une autre époque lorsque l'esprit d'entreprise avait beaucoup d'importance, que l'idéologie dominante s'exprimait par la devise «laisser faire» et que le bon sens voulait que si vous désiriez qu'une autre personne vous rende un service, il fallait la payer. Cependant, de nos jours, les membres de la société sont plus dépendants les uns des autres et les consommateurs doivent se fier aux connaissances des fournisseurs. Chacun bénéficie du réseau complexe d'un système de transport, de services publics, etc. Aujourd'hui au Canada, comme dans les autres pays développés, chacun devient, dans une certaine mesure du moins, responsable d'autrui.

Néanmoins en droit, la prudence s'impose en ce qui concerne l'omission et cela, pour deux raisons. En premier lieu, l'acte positif se distingue de l'omission parce qu'il existe d'ordinaire un lien plus évident entre l'agent et sa victime qu'entre l'auteur d'une omission et son éventuel bénéficiaire. Si X tue Y, la victime est clairement identifiable, et il y a un lien entre l'agent et elle[18]. S'il s'abstient simplement d'aider les personnes dans le besoin, il refuse son assistance à un nombre indéterminé de personnes non identifiables sans que l'on puisse le rattacher clairement à celles-ci. C'est pourquoi, la morale, et à plus forte raison la loi, doivent laisser la personne humaine libre de choisir à qui elle prêtera secours et de déterminer les modalités de cette aide.

---

15. M. Levin, «A Hobbesian Minimal State», (1982) 11 *Phil. & Pub. Affa.* 338; voir, en général, R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.
16. G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 603; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
17. E. Weinrib, *op. cit. supra*, note 2, p. 168-179.
18. A. Woozley, *op. cit. supra*, noté 2, p. 1278-1289.

Une raison plus fondamentale encore motive cette prudence en matière d'omission. Si chacun était tenu d'améliorer le sort d'autrui chaque fois que cela est possible, personne ne pourrait vivre sa vie[19]. À l'instar du puritain de Mencken, qui était habité de la crainte que quelque part quelqu'un pourrait être heureux, le cours de notre existence serait continuellement interrompu par la nécessité d'aider autrui. Pourtant n'est-ce pas là un attribut de l'homme? À ce sujet, Weinrib a fait remarquer ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> L'obligation d'assistance suppose que d'autres sont dotés des caractéristiques essentielles de la personnalité humaine et forment des projets pour eux-mêmes à la réalisation desquels l'altruiste peut contribuer. Dans une société d'altruisme parfait et généralisé cependant, tout bénéficiaire éventuel serait lui-même un altruiste tenu de subordonner la poursuite de ses propres desseins à l'assistance qu'il doit à autrui. Nul ne pourrait accorder à ses propres projets une importance telle qu'autrui fasse l'objet éventuel de ses soins altruistes. Chacun serait continuellement réduit à poursuivre des chimères[20].

Force nous est donc de conclure que l'approche adoptée par les règles générales du common law est bien fondée. De façon générale, l'omission ne devrait pas engager la responsabilité pénale.

RECOMMANDATION

1. De façon générale, nul ne devrait être tenu pénalement responsable d'une inaction.

II. Le fondement de l'incrimination exceptionnelle de l'inaction

Dans certains cas exceptionnels, le common law incrimine l'omission[21]. On en dénombre trois. L'un d'eux vise la conduite qui ne correspond pas à proprement parler à l'inaction mais constitue un élément d'une action. Cette abstention s'appelle la «pseudo-inaction». Un second concerne l'inaction expressément incriminée, c'est-à-dire l'omission spécifiquement interdite. Enfin, le troisième est le cas où un résultat dommageable interdit a été provoqué par le manquement à une obligation légale, ce que l'on désigne par l'expression «délit de commission par omission».

A. L'inaction dans le cours d'une action

L'action et l'inaction ne sont pas toujours faciles à distinguer. Dans l'affaire *Fagan* v. *Metropolitan Police Commissioner*, P, un policier, avait sommé D de garer sa voiture plus près de la bordure du trottoir. Ce faisant, D avait accidentellement immobilisé sa

19. R. Lipkin, *op. cit. supra*, note 2, p. 275-293.

20. E. Weinrib, *op. cit. supra*, note 2, p. 282.

21. E. Weinrib, *op. cit. supra*, note 2, p. 251; G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 422, 589, 628 et 825.

voiture sur l'orteil de P. Par suite des récriminations de P, D coupa l'allumage et refusa de bouger. Accusé de voies de fait, D prétendit qu'il n'y avait pas dans ce cas d'élément matériel. En effet, au moment où la force avait été appliquée, il n'avait pas agi intentionnellement. Par ailleurs, lorsqu'il avait formé l'intention, il n'avait fait aucun acte sinon refuser de déplacer sa voiture. La cour d'appel fut divisée sur cette question. Deux juges l'ont déclaré coupable parce que selon eux, le fait de ne pas déplacer la voiture qui était immobilisée sur l'orteil du policier constituait un élément matériel. L'autre juge aurait prononcé l'acquittement parce que l'emploi de la force n'était pas intentionnel et parce que le refus intentionnel de D de déplacer sa voiture constituait seulement une inaction.

Comme il a été dit dans le document de travail 29 intitulé *Partie générale : responsabilité et moyens de défense*[22], on ne peut résoudre ce genre de difficultés en cherchant la description définitive de l'acte commis par D. Les actes ne sont pas prédéfinis. «Un acte ne connaît pas de frontières naturelles». Ainsi, la description d'un acte dépend finalement du contexte dans lequel il a été commis et de l'orientation du droit pénal. Bien que les théoriciens du droit aient parfois cherché des solutions à de tels problèmes en proposant des définitions formelles du mot «acte» et aient ainsi contribué à rendre plus complexe l'étude de la notion d'élément matériel, nous estimons que la meilleure façon d'aborder ce genre de difficulté est de déterminer si la conduite de D, dans son contexte global, équivaut à une inaction pure et simple et ne doit pas être frappée d'une peine ou si elle équivaut à l'accomplissement d'un acte et doit être considérée comme des voies de fait.

Le fait est qu'en de nombreuses occasions, l'inaction peut être plus justement considérée comme un mode d'action alors que, inversement, de nombreuses actions peuvent être assimilées à une inaction. On peut très souvent tenir l'inaction pour une absence factice d'action, une pseudo-inaction. De même, de nombreuses actions peuvent être considérées comme des actions factices, des pseudo-actions.

(1) L'absence fictive d'action — la pseudo-inaction

Pour illustrer la pseudo-inaction, Fletcher propose les exemples suivants : le conducteur qui oublie d'allumer ses phares, l'aiguilleur qui relâche sa surveillance et le chirurgien qui néglige d'enlever une éponge insérée dans le corps du patient à la fin de l'intervention[23]. Bien que dans chacun de ces cas, on pourrait prétendre que l'agent n'a pas accompli un acte positif, il conviendrait davantage de considérer ces conduites comme la mauvaise exécution d'un acte lui-même élément d'une activité plus complexe, par exemple la conduite d'un véhicule automobile, la manœuvre des signaux de chemin de fer ou la pratique d'une intervention chirurgicale, chaque défaillance concourant à la mauvaise exécution de l'action finale, devenue de ce fait source de danger.

---

22. *Op. cit. supra*, note 13, p. 210-212.

23. G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 586.

Le fait pour l'auteur d'une situation dangereuse de ne pas tenter de la corriger en est, à notre avis, un exemple bien connu. C'est ce qui est arrivé dans l'affaire *Fagan* et également dans l'affaire *Miller*[24]. Ayant accidentellement allumé un incendie, Miller qui s'en est rendu compte par la suite, n'a pas tenté de l'éteindre. Reconnu coupable de délit d'incendie, il a prétendu qu'il n'avait pas sciemment mis le feu à la propriété, qu'il avait simplement omis volontairement de l'éteindre et que le crime d'incendie ne pouvait être commis par omission. La Chambre des lords a confirmé sa condamnation et a décidé que lorsqu'une personne crée un danger, elle est tenue de tenter d'en réduire les résultats dommageables. Il était donc obligé de neutraliser le danger qu'il avait lui-même créé.

> [TRADUCTION]
> ... rien ne justifie que ne soit assimilé à une conduite susceptible d'engager la responsabilité pénale le fait de ne pas prendre les mesures en son pouvoir pour neutraliser un danger créé par son propre fait, si à l'époque l'état d'esprit de la personne en cause constitue un élément nécessaire de cette infraction[25].

Il y a deux solutions possibles au problème soulevé par ces deux affaires. La difficulté tient au fait que ce que l'on peut reprocher à chacun des défendeurs, autrement dit ce à quoi se rapportait leur intention coupable, était en fait une inaction (le fait de ne pas déplacer l'automobile, de ne pas éteindre le feu). Or, le fait de provoquer un préjudice par son inaction n'est une infraction que s'il y a obligation légale d'agir. Par conséquent, il y a deux solutions : soit décider, comme dans l'affaire *Miller*, que la personne qui a créé le danger avait l'obligation légale d'agir pour réduire les dommages qu'elle avait causés et que sa défaillance, tenue pour une omission, peut engager sa responsabilité; soit, comme il a été proposé dans l'affaire *Fagan*[26], juger que la conduite de l'accusé ne doit pas être fractionnée de façon artificielle en série d'actions et d'inactions distinctes mais être considérée comme une suite continue d'actions.

Chacune des solutions a des avantages. La suite continue d'actions en présente deux. Elle coïncide en partie avec le bon sens. Ne serions-nous pas d'accord pour dire que Fagan avait continué les voies de fait? Cette solution permet aussi d'éviter d'allonger la liste des obligations légales qui ont été reconnues jusqu'ici et qui répriment surtout les atteintes à l'intégrité corporelle. L'approche de l'obligation légale présente également deux avantages. Elle est en accord avec les principes moraux couramment admis voulant qu'il appartient à ceux qui ont causé les dommages, même involontairement, de tenter de les réparer. En plus, elle permet de ne plus se soucier du fait qu'une partie de la conduite volontaire de l'accusé constitue, en fait, une inaction.

Tout compte fait, nous estimons que ces dernières considérations l'emportent et que l'approche de l'obligation légale est préférable à celle de l'action continue. Nous proposons donc ce qui suit : premièrement, quiconque provoque une situation dangereuse, de façon illicite ou autrement, devrait être tenu en droit pénal de prendre toutes

---

24. *Fagan* v. *Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 3 All E.R. 442; *R.* v. *Miller*, *supra*, note 8.

25. *R.* v. *Miller*, *supra*, note 8, p. 981.

26. *Fagan* v. *Metropolitan Police Commissioner*, *supra*, note 24.

les mesures raisonnables pour corriger la situation; deuxièmement, toute personne en mesure de maîtriser cette situation dangereuse devrait être assujettie à la même obligation même si elle n'en est pas l'auteur; troisièmement, tous les autres cas devraient être laissés à l'appréciation du juge des faits. C'est à lui qu'il devrait revenir de décider si l'inaction reprochée, élément constitutif d'un acte positif plus complexe, doit être considérée comme une omission ou comme une action. Aucune application automatique d'une quelconque formule codifiée ne peut véritablement régler le problème.

(2) L'action fictive — la pseudo-action

Moins évidente, mais tout aussi importante, est l'action fictive ou «pseudo-action». Supposons qu'une personne essaie de neutraliser un péril, disons qu'elle essaie d'éteindre un incendie. Pour une raison ou pour une autre, elle finit par abandonner son projet. Pour mettre sa volonté en application, elle peut simplement cesser de déverser de l'eau sur les flammes, elle arrête simplement d'agir. En revanche, si elle se servait d'un boyau d'arrosage, elle coupera probablement l'eau, accomplissant ainsi un acte positif. Ces deux situations sont-elles véritablement différentes? Ne s'agit-il pas dans les deux cas de la non-continuité d'une action? En d'autres termes, l'action dans le deuxième exemple n'est-elle pas l'élément constitutif d'une inaction plus complexe qui consiste à ne plus combattre les flammes?

Le problème de la pseudo-action est particulièrement important en matière d'interruption de traitement médical. Parfois, cette interruption est la simple suspension du traitement, parfois, il s'agit d'un acte positif, l'interruption proprement dite. Dans quelle mesure faut-il considérer que ces deux situations sont différentes?

Helen Beynon propose l'exemple clair et simple du «goutte-à-goutte» :

> [TRADUCTION]
> Le goutte-à-goutte, comme son nom l'indique, sert à alimenter les patients en fluides vitaux par gravitation au moyen d'un sac suspendu auquel est attaché un tube inséré par voie entérale ou parentérale dans le corps du patient. En plus d'aider les patients qui ont d'excellentes chances de rétablissement, il est employé dans les cas désespérés sans espoir de guérison. Bien sûr, ce qui retiendra notre attention est le fait que les sacs se vident et doivent être remplacés. On peut donc aisément supposer que la décision de ne plus avoir recours à un goutte-à-goutte peut être mise en pratique *soit* en retirant le tube, *soit* en ne remplaçant pas un sac vide. Souvent, le hasard déterminera quelle méthode sera choisie. Car bien qu'il appartienne au médecin de mettre en place le goutte-à-goutte, c'est l'infirmière qui le démonte, et une infirmière très occupée peut fort bien laisser le sac vide pendant quelque temps avant d'enlever le tube. Si le patient était alimenté par voie parentérale, après seulement une heure le corps aura réagi de façon à se prémunir contre toute atteinte causée par le retrait du tube. Pendant cette période, un caillot de sang se sera formé et si l'on décide après tout de continuer le traitement, il faudra procéder à une nouvelle pose[27].

Comment, dans ces conditions, doit-on considérer la décision de ne plus se servir du goutte-à-goutte? S'agirait-il d'une action si le tube est retiré et d'une inaction si le

27. H. Beynon, *op. cit. supra*, note 2, p. 20-21.

sac n'est simplement pas remplacé? La loi devrait-elle éviter d'établir une distinction aussi artificielle?

Fletcher[28], dans son étude sur les omissions, met le lecteur en garde contre le fait de considérer que la différence entre l'action et l'omission se résume à la différence entre le fait d'agir et celui de ne pas agir. Selon lui, surtout en droit pénal, la distinction est celle que l'on peut établir entre le fait de causer un préjudice et celui de refuser son aide. L'interruption du traitement, c'est-à-dire du goutte-à-goutte, quel qu'en soit le mode, correspond davantage au refus d'assistance, qui ne constitue une inaction coupable que s'il y a obligation de continuer le traitement. L'inaction finale comprend sûrement le retrait du tube, acte qui constitue un élément de cette inaction et qui autrement engagerait la responsabilité pénale de son auteur sans égard à l'existence d'une obligation de continuer le traitement. Cette façon d'aborder le problème associe utilement différentes méthodes d'interruption de traitement et permet de distinguer à bon droit entre le retrait du tube, étape concourant à l'interruption de traitement, et le retrait du tube par un tiers sans compétence en la matière, l'action de ce dernier n'étant en aucun cas un élément constitutif de l'inaction finale.

Comme dans le cas de la pseudo-inaction, c'est affaire d'appréciation. Le juge des faits devra décider dans les circonstances s'il faut considérer l'acte en question comme une simple action ou comme une action concourant à la réalisation d'une inaction plus complexe. Pour ce faire, il devra faire appel à son jugement plutôt qu'à l'application de quelque formule générale.

RECOMMANDATION

2. Quiconque crée un danger ou est en mesure de le neutraliser, devrait être tenu de prendre des mesures raisonnables pour empêcher qu'il ne cause un préjudice à autrui.

B. L'inaction expressément réprimée en tant qu'omission

Certaines inactions ont été expressément définies comme des délits d'omission par la loi. Les meilleurs exemples en common law sont la non-révélation de trahisons et de délits[29], c'est-à-dire le défaut de dénoncer une trahison ou un crime dont on a connaissance. Autre exemple très connu, tiré du *Code criminel* : le défaut pour un automobiliste de fournir, sans excuse raisonnable, un échantillon d'haleine sur demande, en contravention du paragraphe 234.1(2).

Dans ces exemples, la loi incrimine *directement* l'inaction coupable. L'inaction elle-même est punissable. Il est intéressant de comparer ce cas avec le troisième genre d'inaction que nous aborderons ci-dessous.

28. G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 420-426.

29. J.C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law*, 4e éd., Londres, Butterworths, 1978, p. 802.

Les omissions expressément incriminées ne nécessitent aucune disposition spéciale. Lorsque le droit pénal sanctionne spécialement une omission précise, la responsabilité de son auteur est forcément engagée. Du coup, la loi crée une obligation d'agir et interdit tout manquement à cette obligation, qualifiant celui-ci de délit d'omission. Il suffira de dire que les motifs pour lesquels le common law traite les omissions avec prudence devraient inciter le législateur à faire de même. Un code pénal devrait toujours, à l'instar de notre *Code* actuel, viser d'abord les actes positifs.

C. L'inaction provoquant un résultat dommageable : le délit de commission par omission

Le délit de «commission par omission», comme l'appellent les civilistes, consiste pour l'agent à provoquer, par son manquement à une obligation légale[30], un résultat dommageable réprimé par un délit matériel. Or, nous l'avons vu, le résultat dommageable incriminé ne peut être légalement attribué à l'agent que si l'obligation d'agir était prévue par la loi. La mort d'un enfant par inanition, par exemple, pourrait être imputée aux parents qui ont négligé de le nourrir parce que ceux-ci sont légalement tenus de lui fournir les choses nécessaires à la vie. Une telle défaillance les rendrait coupables d'homicide[31].

Le délit de commission par omission suppose une responsabilité *dérivée* découlant de l'inaction[32]. Que l'omission elle-même soit incriminée ou non, c'est le lien de causalité entre le préjudice et l'omission qui fait de cette dernière une infraction. Si l'on reprend l'exemple de l'enfant mort d'inanition, le défaut de lui fournir les choses nécessaires à la vie, qui est déjà en soi une infraction, devient un homicide lorsqu'il provoque la mort de l'enfant.

Compte tenu du fait que les délits matériels les plus visibles sont les homicides, le common law a formulé des règles pour imposer des obligations positives. Ces règles ont alors été insérées par Stephen[33], en guise de préface, à son projet de minicode sur l'homicide. Cette première version ayant été augmentée et ayant donné naissance à un projet de code complet, ces règles figuraient au chapitre de l'homicide. Dans notre *Code criminel*, largement inspiré du projet de code britannique, ces règles ont été classées de la même façon. On peut déplorer ce fait car, comme il a été souligné dans le document de travail 33 intitulé *L'homicide*, elles formulent des principes généraux qu'il conviendrait d'intégrer à la partie générale.

En common law, de telles obligations étaient classées dans deux catégories. Certaines découlaient des liens naturels qui unissent les personnes, ainsi un père était tenu de

30. G.H. Gordon, *Criminal Law of Scotland*, 2e éd., Édimbourgh, W. Green, 1978, p. 61.

31. *Gibbins and Proctor*, (1918) 13 Cr. App. R. 134.

32. G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 581.

33. J.F. Stephen, *op. cit. supra*, note 7.

fournir les choses nécessaires à la vie à ses enfants en bas âge. D'autres étaient le fait de relations volontairement contractées, par exemple un médecin était obligé de traiter ses patients[34].

Le législateur ne s'est pas arrêté là, et notre *Code criminel* comporte d'autres dispositions : (1) les parents, les parents adoptifs et les tuteurs doivent fournir les choses nécessaires à l'existence à leur enfant de moins de seize ans, à leur conjoint et à quiconque, compte tenu de certaines circonstances, est à leur charge; (2) quiconque entreprend d'administrer un traitement chirurgical ou médical est légalement tenu d'apporter, en ce faisant, une connaissance, une habileté et des soins raisonnables; enfin (3) quiconque entreprend d'accomplir un acte est légalement tenu de l'accomplir si une omission de le faire met ou peut mettre en danger la vie humaine.

Il est évident que le *Code* a utilement étendu les dispositions du common law à plusieurs égards. En effet, la notion de «père et mère» a été élargie, l'âge des enfants à qui doivent être fournies les choses nécessaires à la vie a été déterminé, une obligation générale envers les personnes à charge a été créée, l'obligation de prudence des médecins et autres professionnels de la santé a été précisée et une obligation universelle d'accomplir un acte a été créée lorsqu'une omission pourrait mettre la vie humaine en danger.

En dépit de toutes ces dispositions, le *Code* contient encore quelques incertitudes. Par exemple, les père et mère doivent-ils fournir les choses nécessaires à l'existence à leurs enfants âgés de moins de quinze ans qui ont volontairement quitté la maison, qui vivent avec l'autre parent ou qui, pour une raison ou pour une autre, ne sont plus à la charge du père ou de la mère? L'obligation conjugale subsiste-t-elle lorsque le couple ne cohabite plus? Le traitement chirurgical ou médical comprend-il les soins donnés par l'infirmier ou l'infirmière ainsi que par le médecin?

Qui plus est, on ne retrouve plus dans le *Code* la simplicité fondamentale du common law. Au lieu de diviser simplement les obligations en obligations naturelles et en obligations assumées, il prévoit des catégories complexes, inutilement détaillées, qui se recoupent peut-être et ne sont fondées, semble-t-il, sur aucun principe. Il se peut, par exemple, que l'obligation médicale soit visée trois fois en vertu de l'obligation générale envers les personnes à charge, de l'obligation du médecin qui est légalement tenu d'apporter «une connaissance, une habileté et des soins raisonnables» et de l'obligation universelle pesant sur les personnes qui s'engagent à accomplir un acte et qui doivent l'accomplir.

Or, un seul principe fondamental entre en jeu ici. Il y a obligation d'agir dans l'intérêt d'autrui chaque fois qu'en raison d'un *engagement* personnel, un autre dépend de nous ou est en droit de s'attendre à ce que nous agissions (toutes les fois que nous

34. J.W.C. Turner, *Kenney's Outlines of Criminal Law*, 19e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1966, p. 124.

pouvons être considérés comme un «garant» de la sécurité de cet autre, selon l'expression employée par certains avocats)[35]. En common law, ce lien de dépendance et ce droit existent en raison (1) d'un lien de parenté, (2) d'un lien assumé en vertu duquel une personne en amène une autre à se fier à elle, (3) peut-être d'un partage de risques et (4) peut-être dans certaines situations dangereuses.

(1) Les liens de parenté

Dans notre société, l'unité sociale de base est la famille. La plupart des gens vivent en famille. Celle-ci satisfait aux besoins sexuels et affectifs et permet de voir à l'éducation des enfants. Il est tout naturel que la famille jouisse d'une autonomie et d'une intimité considérables car elle assume également de lourdes responsabilités. La société, à laquelle on a recours en dernier et qui n'exerce qu'une fonction de surveillance, abandonne en grande partie l'éducation des enfants, le soin des conjoints, etc., à l'unité familiale.

Par conséquent, dans notre société, la famille devrait, c'est d'ailleurs le cas, satisfaire à la plupart des besoins fondamentaux de la personne humaine. Dans notre société, les parents sont chargés de l'éducation des enfants, les conjoints des soins à donner à l'autre, etc. Les enfants dépendent de ce fait principalement des père et mère et les conjoints dépendent surtout l'un de l'autre. En raison de ce facteur social et de l'engagement volontaire qui résulte implicitement du mariage et de la procréation, l'obligation morale qui pèse sur les père et mère ainsi que sur les époux est légalement reconnue. Dans de tels cas, l'obligation d'agir dans l'intérêt d'autrui ne devrait pas, à notre avis, être laissée au domaine contractuel.

Pour l'essentiel, le problème se résume à déterminer quels sont les membres de la famille. Il est évident que les père et mère ainsi que les enfants en font partie. De même, les époux. La question se pose cependant à propos des autres parents qui vivent au foyer familial, c'est-à-dire les frères, sœurs, beaux-parents, oncles, tantes et grands-parents. Selon nous, ceux-ci devraient tous en faire partie s'ils vivent sous un même toit. Ils pourraient, à juste titre, être désignés par l'expression «les personnes qui vivent au foyer familial». Enfin, les tuteurs, beaux-parents et parents adoptifs seraient d'ordinaire visés aussi par cette description, en plus d'être tenus de s'acquitter de l'obligation d'agir en raison de leur engagement. Bien entendu, dans tous ces cas, l'obligation d'agir consiste à faire ce qui est raisonnable, compte tenu des circonstances. L'obligation qui pèse sur un père de famille dans la force de l'âge, un fils âgé de treize ans et une grand-mère très âgée n'est pas la même.

35. T. Benditt, *loc. cit. supra*, note 2, p. 416; R. Lipkin, *loc. cit. supra*, note 2, p. 265.

RECOMMANDATION

3. La partie générale devrait énoncer que toute personne a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour fournir les choses nécessaires à la vie à son époux, à son enfant et à tout autre membre de sa famille qui vit avec elle au foyer familial.

(2) Les liens assumés

Des obligations envers des personnes à charge peuvent découler non seulement des liens naturels mais aussi des liens volontairement contractés. Dans ce dernier cas, une personne s'engage, parfois par contrat mais pas toujours, de telle manière qu'une autre est amenée à s'en remettre à elle plutôt qu'à quiconque d'autre et, en ce sens, à dépendre d'elle. Le médecin amène son patient à se fier à lui. C'est aussi l'attitude du capitaine d'un navire à l'égard de ses passagers, et ainsi de suite. Par accord mutuel, le «client» confie sa sécurité aux «professionnels».

La plupart, mais pas la totalité, de ces obligations envers des personnes à charge pèsent donc sur des professionnels, par exemple les médecins et les infirmiers ou infirmières. Dans certains cas, les non-professionnels seront visés parce qu'ils se sont engagés et ont amené d'autres personnes à se fier à eux et parce qu'ils savent qu'une défaillance de leur part pourrait avoir des conséquences néfastes. Pensons à la gardienne d'enfants ou au surveillant de plage. Ils doivent aussi répondre de la sécurité d'autrui.

En raison de cette mission et de leur propre engagement, les personnes qui assument ces obligations doivent s'acquitter d'une responsabilité spéciale. En effet, ceux qui sont confiés à leurs soins, et qui auraient fort bien pu se tourner vers quelqu'un d'autre pour obtenir de l'aide, dépendent d'eux. À notre avis, sur le plan moral, ces dépendants ont le droit de se fier à eux. Une obligation spéciale pèse sur eux. Pour l'essentiel, cette obligation est également reconnue par la loi.

RECOMMANDATION

4. (1) La partie générale devrait énoncer que toute personne est tenue de prendre des mesures raisonnables pour accomplir tout acte entrepris, à titre gracieux ou autrement, et dont l'inexécution mettra la vie en péril.

(2) Nul ne devrait être tenu d'entreprendre ou de continuer un traitement médical si celui-ci est inutile sur le plan thérapeutique ou si le patient s'y oppose.

(3) Les autres liens : la participation commune à une activité dangereuse

Les obligations qui découlent des activités conjointes sont moins évidentes. Toutefois en principe, on peut soutenir que chaque fois que deux ou plusieurs personnes

acceptent de participer à une activité commune comportant des risques ou des dangers, elles s'engagent mutuellement à se porter secours en cas de difficulté. Voici l'opinion de Fletcher à ce sujet :

> [TRADUCTION]
> ... l'association de personnes en vue de vaincre des risques communs suppose une obligation d'assistance réciproque. La situation des marins en mer, des alpinistes d'une même cordée ainsi que des astronautes d'un vaisseau spatial fournit un exemple assez typique d'activités conjointes comportant des obligations réciproques. Néanmoins, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'alpiniste a des obligations envers quiconque se trouve en péril dans la montagne. L'obligation ne pèse que sur ceux qui participent à une activité commune et s'engagent implicitement de ce fait les uns envers les autres[36].

Manifestement, ces exemples réunissent les éléments essentiels : la dépendance et le droit de s'en remettre à l'autre. Il est tout aussi évident que la morale admet une obligation d'assistance. On peut soutenir qu'elle devrait également être reconnue par la loi.

RECOMMANDATION

5. La partie générale devrait énoncer que toute personne a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour fournir l'aide nécessaire aux personnes qui participent avec elle à une activité dangereuse.

(4) L'obligation née de la situation des parties

Une obligation d'assistance peut aussi découler simplement de la situation de deux parties rendues dépendantes l'une de l'autre, parfois sans même qu'elles se soient engagées. Quiconque crée un danger est tenu de faire tout en son pouvoir pour protéger les autres. Il en va de même pour la personne qui, sans être l'auteur du danger, peut le neutraliser. Il y aurait peut-être lieu d'étendre cette obligation à la personne qui, sans être l'auteur du danger ni être en mesure de le conjurer, peut prêter secours en cas d'urgence.

a) L'auteur du danger

Il est clair que l'auteur du danger a une obligation morale envers les personnes qu'il y expose. C'est l'avis exprimé par la Chambre des lords dans l'affaire *Miller*. C'est également l'opinion que nous avons déjà formulée dans le présent document.

---

36. G. Fletcher, *op. cit. supra*, note 2, p. 614.

b) La neutralisation du danger

En outre, la personne en mesure de neutraliser le danger dont elle n'est pas l'auteur peut être moralement tenue de prendre des mesures pour empêcher qu'autrui n'y soit exposé. Dans ce cas aussi les autres dépendent d'elle et ils ont le droit de s'en remettre à elle pour assurer leur protection. Disons que X achète sciemment un terrain comportant une source de danger. Le fait qu'il n'en soit pas l'auteur ne lui permettra sûrement pas de ne rien faire à ce sujet eu égard aux personnes qui auront probablement accès à ce terrain. Au contraire, ces personnes dépendent de lui et ont droit de s'en remettre à lui pour assurer leur sécurité. Encore une fois, la loi reconnaît de façon limitée cette obligation au paragraphe 242(2) du *Code criminel*, lequel dispose que «[q]uiconque laisse une excavation sur un terrain qui lui appartient, ou dont il a la garde ou la surveillance, a le devoir légal de la protéger d'une manière suffisante pour empêcher que des personnes n'y tombent par accident et pour les avertir que cette excavation existe». Le common law reconnaît aussi cette obligation dans les règles qui régissent la responsabilité civile délictuelle de l'occupant[37], ce qui constitue une exception notoire au principe général qui veut que l'inaction ne soit pas punissable. En common law, l'occupant d'un terrain est parfois tenu légalement d'accomplir un acte positif en vue d'assurer la sécurité de quiconque pénètre dans ses terres. Sa défaillance peut engager sa responsabilité civile délictuelle, si un préjudice est causé. (Voir la recommandation 2, à la page 12.)

c) Le sauvetage

La situation de la personne qui, sans avoir créé le danger ni être en mesure de le neutraliser, est la plus susceptible d'assurer la protection d'autrui est davantage controversée. Supposons que X tombe dans un lac et soit en train de se noyer. Y pourrait facilement le sauver mais il n'en fait rien. X se noit. Y a-t-il manqué à un devoir moral ou légal?

Sur le plan moral, il suffit de poser la question pour que la réponse s'impose d'elle-même. Il y avait obligation d'assistance. Intuitivement, nous condamnons le prêtre et le lévite de la parabole. Les cas d'urgence qui rendent autrui totalement dépendant de nous lui donnent le droit de s'en remettre à nous et nous obligent à lui prêter secours. Dans de tels cas du moins, nous estimons que les êtres humains sont responsables les uns des autres[38].

37. A. Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, *op. cit. supra*, note 2, p. 772-804; J. Fleming, *The Law of Torts*, 6e éd., Sydney, Law Book Co., 1983, p. 416-458.

38. E. Weinrib, *loc. cit. supra*, note 2, p. 232. L'auteur a bien exprimé cette notion :
[TRADUCTION]
Une personne se trouve dans une situation critique lorsque le péril qui menace son intégrité physique n'est pas généralisé ni habituel dans la société. Lorsqu'elle est menacée par un péril imminent, elle ne peut attendre l'aide des institutions sociales appropriées. L'assistance apportée à une victime se trouvant dans une situation critique ne réduit pas les ressources affectées par la société au soulagement des menaces plus routinières à l'intégrité physique. En outre, le secours apporté dans de telles circonstances ne pose aucun problème d'équité du fait qu'une seule personne reçoit de

Sur le plan légal, cependant, il est notoire que la solution diffère. La jurisprudence et la doctrine nous enseignent très clairement qu'en dehors des liens et des situations mentionnés, il n'y a pas d'obligation d'agir dans l'intérêt d'autrui. En principe, un spectateur ne commet ni crime, ni délit d'aucune sorte, s'il laisse un nageur se noyer. Dans l'affaire *Miller*[39], la Chambre des lords a déclaré que si [TRADUCTION] «le rôle de l'accusé s'était limité en tout temps à celui de spectateur passif, une condamnation aurait été impossible». Donc, il n'y a obligation de prêter secours ni en common law ni en vertu du *Code criminel*.

Toutefois, les codes pénaux ne tranchent pas tous autant avec les préceptes ordinairement admis de la morale. Les codes pénaux de la Belgique, de la France, de l'Allemagne, de la Grèce, de l'Italie, de la Pologne, par exemple, répriment tous le défaut de prêter une aide raisonnable en cas de danger. Le code autrichien incrimine le refus de porter secours de l'auteur d'un accident. Le code suédois prévoit que la personne affectée à la manutention d'explosifs, du feu ou de poisons, qui crée un danger commet une infraction si elle néglige de faire tout ce qui est en son pouvoir pour le neutraliser. Aux États-Unis, le code pénal du Vermont incrimine le refus d'assistance aux personnes exposées à de graves dangers menaçant leur intégrité physique[40].

Au Canada, l'hostilité de la loi à l'égard de l'obligation de porter secours est battue en brèche au Québec. La Charte[41] québécoise prévoit que tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours et que toute personne doit lui prêter assistance à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable. Il faut convenir qu'une disposition provinciale n'est pas en elle-même constitutive d'infraction criminelle. En revanche, le fait de causer un préjudice en la transgressant peut engager la responsabilité pénale. Ainsi, au Québec, un conjoint de fait qui avait refusé de fournir à sa compagne mourante les choses nécessaires à la vie a été condamné pour homicide dans l'affaire *R.* c. *Fortier*[42], ce qui aurait été impossible dans les provinces de common law.

---

l'aide. De même, l'assistance apportée dans une situation critique ne singularise pas injustement une personne appartenant à une catégorie de personnes ordinairement favorisées; le sauveteur se trouve tout simplement à être une des seules personnes en mesure de rendre service à un individu particulier. En outre, si le sauvetage peut être accompli sans trop déranger le sauveteur, celui-ci n'est pas empêché de réaliser ses propres objets par l'obligation de protéger l'intégrité physique d'autrui. Autrement dit, en cas d'urgence, lorsque le sauveteur peut porter secours sans trop d'inconvénients, l'obligation générale d'assistance qui pèse sur la société retombe temporairement sur un créancier déterminé dont les obligations à l'égard du bénéficiaire sont assez précises pour être mises en application par voie judiciaire.

39. *R.* v. *Miller*, *supra*, note 8, p. 980.

40. *Code pénal* (Belgique), Bruxelles, Bruylant, 1975, révision 1981, art. 422, p. 69; *Code pénal* (France), 70e éd., Paris, Dalloz, 1972-1973, art. 63, p. 35; *The German Draft Penal Code*, South Hackensack, N.J., Fred B. Rothman, 1966, art. 232, p. 130; *The Greek Penal Code*, South Hackensack, N.J., Fred B. Rothman, 1973, art. 307, p. 149; *The Italian Penal Code*, Littleton, Colo., Fred B. Rothman, 1966, art. 583, p. 199; *The Penal Code of the Polish People's Republic*, South Hackensack, N.J., Fred B. Rothman, 1973, art. 144, p. 75; *The Penal Code of Sweden*, South Hackensack, N.J., Fred B. Rothman, 1972, art. 10, p. 39; voir de façon générale A. Rudzinski, «The Duty to Rescue: A Comparative Analysis», dans J. Ratcliffe (éd.), *The Good Samaritan and the Law*, New York, Anchor Press, 1966, p. 91.

41. Voir l'article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12.

42. *R.* c. *Fortier*, C.S., Longueuil, n° 500-01-050-805, 17 novembre 1980.

Il faut dire cependant que même dans le *Code criminel*, certaines obligations d'assistance sont prévues. Nous avons déjà signalé au lecteur les paragraphes 242(1) et (2) du *Code criminel* qui se rapportent aux ouvertures dans la glace et aux excavations dangereuses sur un terrain. Il convient de souligner également le paragraphe 233(2) qui porte que toute personne ayant la charge d'un véhicule accidenté omet «d'arrêter son véhicule, de donner ses nom et adresse, et, *lorsqu'une personne a été blessée, d'offrir de l'aide*» [c'est nous qui soulignons], commet une infraction si elle a agi dans l'intention d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle. Ces dispositions imposent bien entendu une obligation d'assistance dans des cas déterminés par la création d'un délit d'omission, omission que nous avons classée dans la deuxième catégorie.

Diverses raisons peuvent expliquer cette hostilité en common law à l'égard d'une obligation générale d'assistance. Il y a l'argument, maintes fois invoqué, de l'imprécision : quelle est l'étendue de l'obligation de la personne appelée à porter secours? Il y a aussi le problème de l'identité et de l'absence de liens personnels entre celui qui a l'obligation et le bénéficiaire : sur qui pèse l'obligation et qui en est le bénéficiaire? Est-ce quiconque il sait être en danger? Il y a encore la question de la liberté : la loi devrait-elle nous obliger à l'altruisme et subordonner un homme à un autre? Ne serait-il pas plus opportun de laisser ces questions au droit des obligations?

Il est facile de répondre à ces objections. Quant à l'imprécision, une règle de droit prévoyant une obligation de prendre des mesures *raisonnables* dans les circonstances pour aider les personnes en danger serait, comme nous l'avons vu, en accord avec de nombreux autres textes législatifs qui emploient des expressions normatives similaires. Dans les situations de véritable urgence, l'identité de la personne en péril ne fait pas de doute, non plus que celle de la personne pouvant lui prêter secours. On peut même soutenir qu'une telle situation en soi crée un lien personnel, bien que temporaire, entre une victime identifiable et son sauveteur éventuel. Quant à la liberté, deux précisions peuvent être apportées. En premier lieu, rares seront les cas où une personne sera appelée à renoncer à sa propre liberté dans l'intérêt d'autrui. En deuxième lieu, dans les cas où le secours peut facilement être apporté, lorsque la vie d'une personne ne peut être préservée qu'au prix d'un léger inconvénient, la conscience collective serait scandalisée du refus opposé par le sauveteur éventuel devant ce léger inconvénient et ses efforts en vue d'assujettir son aide à la conclusion d'un contrat.

Par conséquent, nous estimons qu'il faut poursuivre le mouvement déjà amorcé par le droit pénal. Il faudrait compléter les règles existant en common law qui imposent des obligations à l'auteur d'un danger. Il faudrait généraliser les devoirs précis déjà reconnus par le *Code* actuel à l'égard des automobilistes en cas d'accident. Il faudrait suivre l'exemple de la majorité des codes pénaux européens. Il faudra également harmoniser ces règles avec les préceptes moraux actuellement admis et créer une obligation générale d'assistance dans les cas d'urgence, lorsque le secours peut facilement être apporté, plutôt que d'assujettir un tel devoir au droit des obligations. Car comme nous

l'avons déjà souligné dans le document de travail 26 intitulé *Le traitement médical et le droit criminel*[43], «... le grand public s'attend, dans un cas d'urgence, à une aide raisonnable lorsque celle-ci est possible».

Bien entendu, l'existence d'une obligation légale de prêter secours lorsque cette aide peut être aisément apportée, pourrait, si le législateur n'y prend garde, enfermer le citoyen dans un dilemme. Porter secours, au risque d'empirer les choses et d'engager sa responsabilité civile pour négligence ou même pénale pour avoir causé la mort ou avoir infligé des blessures par suite de négligence grave, ou ne rien faire, au risque de laisser la victime mourir ou subir des blessures et d'engager, de ce fait, sa responsabilité pénale pour avoir causé la mort ou des blessures en n'accomplissant pas une obligation légale. Il faudrait, pour éviter ce problème, intégrer aux dispositions du droit pénal et civil une règle dite «du bon Samaritain» dégageant de toute responsabilité civile et pénale pour négligence les personnes qui tentent de bonne foi de porter secours.

Sous cette seule réserve, nous recommandons l'adoption d'un texte législatif imposant l'obligation de porter secours. Sans perdre de vue, comme nous l'avons fait remarquer à la page 99 du document de travail 26 en citant Joseph Gusfield, que «les lois sont des énoncés de politiques et d'opinions sociales tout autant que des instruments de mise en œuvre destinés aux tribunaux et devant être appliqués par la force policière. L'adoption même d'une loi est un acte public de définition de ce qui est moral ou immoral», nous en sommes arrivés à la conclusion que le droit pénal devrait comporter une obligation générale d'assistance raisonnable à quiconque est menacé par un danger grave et immédiat.

Deux solutions s'offrent à nous. Une disposition créant l'obligation de secours, lorsque celui-ci peut être aisément apporté, pourrait figurer dans les règles relatives aux obligations de la partie générale, en parallèle avec les autres devoirs prévus. On pourrait également prévoir un délit spécial de refus d'assistance, placé avec le délit d'entrave à un sauvetage dans la partie spéciale, au chapitre des infractions de mise en danger.

Tout compte fait, nous préférons la deuxième solution. Adopter la première imposerait à la personne qui refuse de prêter secours une responsabilité à la fois trop légère et trop lourde. En effet, elle s'en tirerait impunément si la victime en péril s'en sort indemne, alors que si cette dernière meurt, elle serait reconnue coupable d'homicide. Si un simple citoyen est disposé à tenir les père et mère ou le médecin pour coupable d'homicide dans un tel cas, à notre avis, il ne jugerait pas de la même façon la personne qui a refusé l'assistance. Quoi qu'il en soit, la deuxième solution permet d'éviter ces deux objections. Une infraction spéciale de refus d'assistance pourrait s'appliquer indépendamment du fait que la personne en péril s'en soit sortie indemne. Le refus d'assistance réprimé, à juste titre, par une peine plus légère, pourrait constituer une infraction moins grave que l'homicide ou le fait de causer des lésions corporelles.

43. Commission de réforme du droit du Canada, *Le traitement médical et le droit criminel* [Document de travail 26], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1980, p. 98.

RECOMMANDATION

6. La partie spéciale devrait énoncer que commet un crime quiconque néglige de prendre des mesures raisonnables pour porter secours à toute personne qu'il sait menacée par un danger grave et immédiat, sauf s'il ne peut le faire sans s'exposer, ou exposer autrui, à de graves dangers ou s'il existe un autre motif valable.

CHAPITRE DEUX

La négligence

La négligence a été abordée avec une certaine ambivalence dans le document de travail 29 intitulé *Partie générale : responsabilité et moyens de défense*[44]. En vertu des règles régissant la responsabilité, elle ne saurait entraîner la culpabilité de son auteur, à moins d'indications contraires expresses dans les dispositions qui créent l'infraction. Elle n'a aucun effet sur l'erreur de fait, il suffit que celle-ci soit réelle[45]. En revanche, elle revêt une certaine importance si l'erreur de droit, l'intoxication ou l'automatisme sont invoqués en défense, parce que le caractère raisonnable est un élément essentiel à l'acquittement[46]. Quoi qu'il en soit, c'est délibérément que les auteurs du document de travail 33 intitulé *L'homicide* n'ont pas tranché la question de savoir s'il y aurait lieu de créer une infraction d'homicide par imprudence[47].

On peut soutenir que notre incertitude est le reflet de l'ambivalence exprimée par le droit pénal lui-même qui a adopté en guise de solution un compromis imparfait entre deux approches radicalement opposées. Selon la première, le délit est un acte illégitime volontaire, selon la seconde, cette notion recouvre aussi l'acte illégitime involontaire.

Il ne fait pas de doute que notre droit pénal repose sur un principe essentiel : il n'y a pas de responsabilité pénale sans faute (*actus non facit reus nisi mens sit rea*)[48]. Par conséquent, comme l'a fait remarquer Stephen, la définition de chaque délit fait référence, de façon expresse ou implicite, à l'état d'esprit de l'accusé[49]. Il s'agit d'ordinaire d'une intention ou de l'insouciance manifestée par celui-ci. En common law, certains crimes, tels le vol, la fraude et le vol par effraction, ne peuvent être commis que par une personne agissant dans une intention ou un but précis. D'autres, comme le meurtre et le crime d'incendie, peuvent être commis par une personne agissant volontairement ou par insouciance. À une seule exception près, aucun de ces crimes ne pouvait être perpétré par simple imprudence ou par négligence.

---

44. *Op. cit. supra*, note 13.
45. *Id.*, article 9 des dispositions proposées, p. 84-85.
46. *Id.*, articles 6 et 7 des dispositions proposées, p. 65-66 et 75.
47. Commission de réforme du droit du Canada, *L'homicide* [Document de travail 33], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984, p. 65-68.
48. *R.* v. *Tolson*, (1889) 23 Q.B.D. 168.
49. *Id.*, p. 187.

L'exception est évidemment l'homicide. Le mal visé est si grave que ni l'intention ni l'insouciance ne sont essentiels pour engager la responsabilité pénale de son auteur. Le fait de tuer quelqu'un sans intention ni insouciance constituait un meurtre si cet acte était concomitant de la commission d'un *felony* comportant de la violence. Le même acte était appelé homicide involontaire s'il avait été fait au cours de la perpétration d'un autre délit ou par négligence grave[50].

D'autres exceptions ont été ajoutées par les textes législatifs. Par exemple, le *Code criminel* incrimine le fait de causer des lésions corporelles par négligence criminelle[51]. C'est aussi le cas de la conduite dangereuse qui peut être commise sans intention ni insouciance[52]. Toutefois, elles demeurent l'exception à la règle générale voulant que la négligence ne suffise pas pour engager la responsabilité pénale.

La négligence soulève donc trois questions : (1) Y a-t-il place pour des délits de négligence dans un code pénal cohérent? (2) La négligence devrait-elle constituer une cause générale de responsabilité ou supprimer tous les moyens de défense généraux? (3) Dans l'affirmative, quel devrait-être le degré de négligence requis?

I. Devrait-on créer des crimes de négligence?

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, la commission d'un délit exige en général une intention, une connaissance ou de l'insouciance. La simple négligence ne suffit pas. La société moins industrialisée et plus simple au sein de laquelle a été formé le droit pénal se souciait surtout de la répression d'actes clairement hostiles (meurtre, blessure, viol, vol, etc.). La punition de la simple négligence et des menaces indirectes pour la sécurité d'autrui relevait du droit civil. Il n'y avait en général pas place pour la négligence selon l'optique traditionnelle du droit pénal.

Les arguments invoqués à l'appui de cette approche sont de trois ordres : doctrinaux, utilitaires et moraux. La doctrine nous enseigne que l'existence du délit suppose la présence d'un élément moral. Cet élément moral, c'est l'intention, la connaissance ou l'insouciance, en somme un état d'esprit coupable, la conscience d'accomplir un acte défendu par la loi. Or, la négligence (l'inadvertance) ne serait pas un état d'esprit. L'auteur du délit n'aurait pas la volonté de transgresser la loi. La négligence ne comporterait pas d'élément moral. Par conséquent, il ne saurait y avoir de crimes de négligence[53].

---

50. Pour un examen plus détaillé de la question, voir Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit. supra*, note 47.

51. *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 204.

52. *Code criminel*, par. 233(4).

53. J.W.C. Turner, «The Mental Element in Crimes at Common Law», cité dans H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968, p. 137-140.

Cet argument repose sur trois idées erronées concernant la signification du mot «négligence» et de l'expression «élément moral» ainsi que le sens attaché par la morale au mot «négligence». La première erreur consiste à soutenir que la négligence n'est pas un état d'esprit. Cet argument n'est valable que si la négligence et l'inadvertance forment un seul et même concept. Or, il n'en est rien. L'inadvertance est caractérisée par l'inattention, alors que la négligence consiste à ne pas prendre toutes les précautions qui s'imposent, peut-être par inadvertance, mais peut-être aussi par manque de jugement ou par impéritie, par exemple[54]. Bien que l'inadvertance soit marquée par l'absence de volonté, il en va autrement de la négligence, en dépit du fait qu'elle en résulte parfois aussi.

La deuxième erreur concerne la signification de l'expression «élément moral». Comme nous l'avons déjà dit dans un autre document[55], ce concept n'est pas seulement descriptif, il est normatif. Dire qu'il y a intention criminelle (élément moral) n'est pas simplement décrire l'état d'esprit du délinquant, c'est plutôt lui imputer une faute. Il est vrai que cette faute procède souvent de l'état d'esprit du délinquant, par exemple de la volonté d'accomplir un acte illicite, de la connaissance ou de l'insouciance. Mais doit-il toujours en être ainsi?

Pourquoi l'inadvertance et les autres genres de négligence ne seraient-ils pas considérés comme une faute? On pourrait alléguer qu'en matière de négligence civile, il n'est pas besoin de prendre en considération la personnalité du défendeur pour conclure à l'existence d'un quasi-délit de négligence[56]. On peut commettre ce quasi-délit en ne prenant pas toutes les précautions nécessaires par défaut d'adresse, c'est-à-dire par manque d'habileté innée. Or, cette maladresse congénitale ne peut être reprochée à l'auteur du quasi-délit. Faut-il en conclure que sur le plan juridique la négligence est une cause de responsabilité sans faute?

Gardons nous de conclure trop hâtivement, car les apparences sont parfois trompeuses. Il y a méprise, semble-t-il, sur le sort réservé par la morale à la négligence. Hors du domaine légal, la faute n'est pas automatiquement écartée en cas de négligence. Le conducteur qui provoque un accident par maladresse congénitale n'est pas nécessairement exonéré. Il se fera plutôt rappeler qu'en raison de son manque d'habileté, il ne devrait pas conduire. Incapable de surmonter cette déficience, il peut du moins faire en sorte qu'elle ne constitue pas une source de danger pour autrui. De même, la responsabilité de l'automobiliste étourdi n'est pas dégagée parce qu'il a été inattentif. On le rappellera à l'ordre en lui recommandant de rester en éveil au volant et d'exercer une vigilance constante. Dans la vie de tous les jours, l'auteur d'une simple imprudence, commise par inadvertance ou autrement, est blâmé.

Il reste que toute transgression d'un précepte moral ne doit pas nécessairement être sanctionnée par la loi pénale. Comme l'a fait observer Bentham, certains comportements ne se prêtent pas toujours à l'infliction d'une peine parce qu'elle resterait sans

54. Voir P. Fitzgerald, «Road Traffic As the Lawyer Sees It», dans J.J. Leeming, *Road Accidents — Prevent or Punish?*, Londres, Cassell & Company Ltd., 1969, p. 157.

55. *Op. cit. supra*, note 13, p. 25-26 et 213-215.

56. O. W. Holmes, Jr., *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1964, p. 108.

effet[57]. C'est d'ailleurs le cas de la négligence commise par inadvertance, soutiennent ceux qui invoquent des arguments utilitaires à l'encontre de la création d'un délit de négligence. L'étourdi ne s'apercevrait pas immédiatement qu'il transgresse la loi et qu'il encourt une peine. La menace d'une sanction ne pourrait l'empêcher d'agir comme il le fait[58].

Cet argument repose aussi sur deux idées erronées. La première veut que la loi qui sanctionne l'inadvertance n'ait aucun effet dissuasif, la seconde que la loi pénale soit sans objet et injustifiée en l'absence de mesures dissuasives. Pour des raisons évidentes, la réfutation du premier argument est aisée. Bien que le délinquant étourdi n'ait pas en vue les prescriptions de la loi lorsqu'il agit, cela reste possible à d'autres occasions et la peine infligée pourra l'aider à réfléchir. Elle le stimulera peut-être et détournera les autres de suivre son exemple. Elle aura un effet dissuasif[59].

L'autre erreur consiste à considérer la dissuasion comme la seule fonction de la loi pénale. N'y a-t-il pas également place pour la réforme, la prévention et la défense des valeurs admises? Même si la sanction d'une imprudence n'a aucun effet dissuasif, ne pourra-t-elle pas avoir un effet préventif et rappeler aux délinquants qu'ils doivent prendre leurs précautions à l'avenir? Ne pourra-t-elle pas prévenir la commission d'autres imprudences et affirmer publiquement la valeur accordée à la prudence[60]?

Enfin, il y a l'argument fondé sur le caractère rétributif de la peine. L'infliction d'une peine étant à première vue un mal, elle doit être justifiée. Son but utilitaire ne peut seul suffire à cette tâche car il autoriserait des punitions en général jugées injustifiables, par exemple l'infliction d'une peine à un innocent. Seul le but de rétribution peut la légitimer. Le délinquant ayant bafoué un droit fondamental de sa victime, dénie de ce fait et à titre d'agent rationnel l'existence même de ce droit. Il se refuse donc à lui-même ce droit. Il y renonce de son propre chef. Considérons l'exemple suivant : D enlève V, et le prive de sa liberté. Il dénie par le fait même le droit à la liberté de tous et, par conséquent, renonce à sa propre liberté. Il ne peut se plaindre par la suite d'être privé de liberté, mal qu'il a lui-même infligé à autrui, et qui retombe sur lui. L'agent négligent et en particulier l'étourdi, au contraire ne nie ni ne conteste délibérément les droits de qui que ce soit. Il fait seulement preuve d'un manque de respect à leur égard. Il ne renonce pas à ses propres droits mais est tenu de réparer dans la mesure de ses moyens. Il conviendrait d'ailleurs de laisser cette obligation au domaine civil[61].

---

57. *Op. cit. supra*, note 9, p. 170-175.

58. J. Hall, *op. cit. supra*, note 1, p. 135-141.

59. *Op. cit. supra*, note 53, p. 133-134.

60. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* [Rapport 3], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1977, p. 16-17.

61. J.R.S. Prichard et A. Brudner, «Tort Liability for Breach of Statute: A Natural Rights Perspective», (1983) 2 *Law and Philosophy* 149. Voir également G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit : ou droit naturel et science de l'État en abrégé*, traduit et annoté par R. Derathe, Paris, J. Vrin, 1975.

Si séduisant que soit cet argument, il n'en soulève pas moins des objections. D'abord, la protection contre la négligence d'autrui est certainement un droit. Pour quels motifs la transgression de ce droit ne pourrait-elle pas être punie légitimement par la déchéance de l'un des droits du délinquant, par exemple son droit à la liberté? Le délinquant ne doit pas nécessairement être privé du droit qu'il a dénié à autrui. Du reste, cela arrive rarement. Une infraction caractérisée par la violence (atteinte au droit à l'intégrité corporelle) n'appelle pas nécessairement une sanction violente en réaction (déni du droit à l'intégrité corporelle du délinquant) mais plutôt l'emprisonnement (déchéance du droit à la liberté).

Selon nous, le délit de négligence a droit de cité en matière pénale. Bien que le domaine pénal soit, à juste titre, limité aux actes coupables, le droit pénal peut attribuer à la négligence le caractère d'une faute. S'il ne peut dans l'immédiat empêcher le délinquant de commettre une négligence, l'infliction d'une peine le fera réfléchir. Enfin, même si le droit pénal s'intéresse normalement à la violation délibérée des droits, il peut, à juste titre, punir le manque de respect à leur égard que constitue la négligence.

Quoi qu'il en soit, étant donné que le droit pénal doit être empreint de modération[62], tous les types de négligence, toutes les erreurs et bévues humaines, ne devraient pas être incriminées. Seuls les actes qui causent ou menacent de causer des dommages graves devraient être visés. Seraient de toute évidence compris les actes qui provoquent la mort ou causent des lésions corporelles graves par négligence. Selon nous, les actes caractérisés par la négligence qui risquent de causer la mort ou des lésions corporelles graves (dont il sera question au chapitre trois consacré aux mises en danger) seront aussi visés. Nous n'avons pas tranché la question de savoir dans quelle mesure la négligence qui cause de graves dommages aux biens ou les met en péril, par exemple par le feu, des explosifs, et ainsi de suite, devrait aussi être incluse. Nous ne ferons connaître notre position qu'après avoir pris connaissance des commentaires qui pourront être formulés à ce sujet.

RECOMMANDATION

7. Devraient constituer des infractions criminelles le fait de causer la mort d'autrui par négligence et le fait de causer des lésions corporelles graves à autrui par négligence.

II. La négligence devrait-elle engager la responsabilité pénale?

Nous avons déjà répondu à cette question par l'affirmative. Le comportement qui cause la mort ou des lésions corporelles graves ou fait naître un tel risque devrait être

62. *Op. cit. supra*, note 60, p. 19-26.

incriminé. Il s'agirait d'exceptions à la règle générale qui veut que la connaissance soit un élément essentiel de la culpabilité (voir le document de travail 29, article 3 des dispositions proposées, p. 28).

Cette règle générale est-elle compatible avec la position prise dans l'étude intitulée *Le rôle de la partie générale* qui fait partie intégrante du document de travail 29 (annexe E)? Les auteurs de cette étude soutiennent clairement que l'élément moral n'est pas seulement de nature descriptive mais normative. Il a donc été proposé dans le document de travail 29 que pour pouvoir alléguer la légitime défense, l'intoxication ou l'automatisme, le défendeur ne doit pas avoir commis de faute. La force qu'il a employée ne doit pas avoir été disproportionnée au préjudice appréhendé, l'ivresse et l'automatisme ne doivent pas avoir été provoqués par son propre fait. On a fait valoir que, contrairement à cette argumentation, le document de travail 29 recommandait d'abord que la responsabilité ne soit engagée en général qu'à raison d'actes accomplis en connaissance de cause et ensuite, que l'erreur de fait soit une erreur véritable[63]. Ces recommandations sont-elles compatibles avec le caractère normatif de l'élément moral?

Cette incompatibilité n'est que partielle. D'une part, la façon d'aborder l'élément moral et l'erreur de fait est en conflit avec celle qui a été retenue en ce qui concerne l'intoxication et l'automatisme. D'autre part, l'approche du document de travail et celle de l'étude qui l'accompagne sont parfaitement cohérentes en ce qui concerne l'élément moral.

Considérons d'abord le deuxième point. La connaissance exigée à l'article 3 des dispositions proposées n'est pas incompatible avec l'affirmation voulant que l'élément moral soit un concept normatif. La doctrine de l'élément moral nous enseigne qu'il n'y a pas de responsabilité pénale sans faute, et non pas que la faute précède la responsabilité pénale. Si le défendeur a commis une faute, sa responsabilité sera engagée si l'acte accompli est incriminé par la partie spéciale. L'élément moral est seulement un élément nécessaire et non pas une condition suffisante à l'existence de la responsabilité pénale. Cependant, comme la plupart des articles de la partie spéciale n'incriminent que des actes accomplis intentionnellement, sciemment ou par insouciance, l'exigence de la connaissance à l'article 3 des dispositions proposées a une fonction d'uniformisation permettant d'éviter la répétition de mots tels «sciemment», par exemple, dans chaque texte d'incrimination.

Il n'y a pas non plus d'incompatibilité entre cette exigence et l'erreur de fait. L'exigence quant à la connaissance est supprimée par l'erreur de fait, peu importe qu'elle soit raisonnable ou pas. C'est par exception, en matière de délit de négligence où la connaissance n'est pas essentielle, que l'erreur doit être raisonnable en plus d'être véritable. Ce point de vue a été adopté tant par le common law traditionnel que par le document de travail 29.

63. B. Baker, «*Mens Rea*, Negligence and Criminal Law Reform», étude préparée à l'intention de la Commission de réforme du droit du Canada, avril 1984 (non publiée).

Quant au premier point, il est vrai qu'il y a incompatibilité entre les dispositions relatives à la connaissance et à l'erreur de fait et celles qui se rapportent à l'intoxication et à l'automatisme. Aux termes des premières, la négligence n'a pas d'incidence sur la responsabilité et l'erreur de fait. Selon les dernières, elle a une influence sur l'admissibilité des moyens de défense d'intoxication et d'automatisme[64].

Comme tout code pénal cohérent doit tendre vers des dispositions logiques[65], il faut choisir entre les deux solutions. Pour les motifs invoqués ci-dessus au sujet des prescriptions de la partie spéciale, des délits de négligence et de la fonction d'uniformisation de l'article 3 des dispositions proposées, il ne faut pas revenir sur la position adoptée au sujet de la connaissance et de l'erreur de fait. Qu'en est-il de l'intoxication et de l'automatisme?

Selon les recommandations du document 29, ces deux moyens de défense devraient être supprimés par la négligence du défendeur. Quant à l'intoxication, le paragraphe 6(2) du deuxième projet de loi porte qu'à moins de pouvoir prouver que son état d'intoxication résulte d'une fraude, d'une contrainte ou d'une erreur raisonnable, quiconque est excusé (à raison de son intoxication) sera déclaré coupable de la nouvelle infraction d'intoxication criminelle et sera passible de la peine prévue pour l'infraction dont il est accusé.

L'article 7 des dispositions proposées dans le document de travail 29 porte sur l'automatisme. Il dispose, en substance, que quiconque commet une infraction bénéficie d'une excuse s'il a agi inconsciemment par suite d'un dérèglement mental temporaire et *imprévisible*. Donc, une personne accusée d'avoir volé alors qu'elle était trop ivre pour s'apercevoir que le bien qu'elle s'était approprié ne lui appartenait pas, chose qui arrive rarement, pourrait être condamnée pour intoxication criminelle si son ivresse est attribuable à une erreur *déraisonnable*, par exemple au fait qu'elle ignorait que la consommation de cinq litres de bière aurait cet effet sur elle. Le même défendeur alléguant l'automatisme pourrait être condamné pour vol s'il appert que l'automatisme est dû à quelque dérèglement mental *prévisible*.

Cette solution originale soulève évidemment des problèmes. Le défendeur qui n'a pas l'intention, l'insouciance ni la connaissance requises serait traité comme si ces éléments étaient présents. Dans le premier exemple (intoxication), l'accusé serait condamné pour intoxication criminelle, même s'il s'agit d'un des rares cas où l'intoxication fait disparaître l'élément moral, pour avoir commis ce qui aurait été un vol s'il n'avait pas été ivre, parce qu'il se serait alors rendu compte que le bien ne lui appartenait pas et aurait perpétré un vol. Mais comment pouvons-nous savoir s'il aurait quand même pris le bien *dans l'intention de le voler* s'il n'avait été ivre et avait su que le bien appartenait à un autre? En fait, comment pouvons-nous savoir s'il aurait pris le bien?

64. Pour de plus amples détails, voir E. Colvin, «Codification and Reform of the Intoxication Defence», (1983-84) 26 *Crim. L.Q.* 43.

65. Voir également D. Galloway, «Why the Criminal Law Is Irrational», (1985) 35 *U.T. L.J.* 25.

De même, dans le second exemple (automatisme), l'accusé pourrait quand même être condamné pour vol si l'automatisme est dû à son propre fait car, n'eût été de l'automatisme, il se serait approprié le bien consciemment et volontairement. À nouveau, comment pouvons-nous savoir qu'il aurait pris le bien *dans l'intention de le voler* s'il avait été capable d'agir consciemment et volontairement? Comment pouvons-nous savoir qu'il se serait approprié le bien?

Pourtant, le droit pénal peut-il ne pas sanctionner les dommages causés par l'intoxication ou l'automatisme dû au propre fait de l'accusé? Se mettre dans un tel état et causer des dommages ensuite constituent un comportement clairement blâmable et négligent. Pourquoi alors ne pas le punir en tant que tel plutôt qu'au nom des arguments spécieux invoqués dans les dispositions précitées relatives à l'intoxication et à l'automatisme? Pourquoi ne pas condamner l'accusé pour avoir tué par négligence, blessé par négligence, etc., lorsque l'intoxication et l'automatisme sont dus à son propre fait?

Cette deuxième solution soulève deux difficultés. En premier lieu, il faudrait sanctionner le fait de *tuer* par négligence, etc., alors que la négligence en réalité est liée non à l'homicide, etc., mais au fait de s'être enivré ou de s'être mis dans un état où l'on n'a plus conscience de ses actes. En deuxième lieu, il ne saurait y avoir de condamnation si la négligence n'engage pas la responsabilité de son auteur. Cela serait impossible en particulier dans les cas de vandalisme et d'incendie en dépit du fait que l'expérience nous enseigne que ce sont surtout ces délits graves qui sont commis par des personnes sous l'empire d'une intoxication. Bien entendu, ce deuxième problème pourrait être réglé si la négligence imputable à l'auteur du délit d'incendie ou de vandalisme engageait sa responsabilité. Cependant, cette solution serait contraire à la tradition et incompatible avec la nécessité de respecter le principe de la modération et, partant, élargirait indûment, à notre avis, le champ d'application du droit pénal.

Une troisième solution pourrait être adoptée. Il s'agirait d'éviter toute suggestion tendant à imputer une intention ou une connaissance fictive en éludant, par la même occasion, l'application artificielle de la négligence, et à élargir les définitions des délits d'incendie et de vandalisme, tout en mettant l'accent sur le comportement véritablement blâmable et en reprenant une version modifiée du délit d'intoxication criminelle. La loi pourrait incriminer l'intoxication volontaire et l'automatisme provoqué par l'auteur du délit lui-même et le fait de causer dans cet état des dommages à la personne ou au bien d'autrui.

Cette troisième solution présente aussi des difficultés. Premièrement, elle donnerait lieu à une condamnation seulement si des dommages ont été causés aux biens et non dans des cas de vol et de fraude, par exemple. Deuxièmement, quiconque tue en état d'ivresse, sans volonté criminelle, pourrait être condamné non pas pour homicide involontaire mais pour intoxication criminelle. Cette solution choquera peut-être le sens commun.

Dans ces circonstances, nous présentons les trois solutions. La première consiste à conserver les règles formulées dans le document de travail 29. Selon la deuxième, la notion de négligence serait appliquée dans le cas de dommages aux biens et l'automatisme et l'intoxication blâmables ne constitueraient pas des moyens de défense en matière de crimes de négligence. La troisième solution consiste à créer des délits d'intoxication criminelle et d'automatisme criminel qui puniraient le fait de causer des dommages par suite d'une intoxication blâmable ou d'un état d'inconscience blâmable permettant d'invoquer l'automatisme.

RECOMMANDATION

8. *Solution n° 1* : Les règles relatives à l'automatisme et à l'intoxication formulées dans le document de travail 29 devraient être conservées.

***Solution n° 2* : L'intoxication empêchant une personne d'avoir l'intention ou la connaissance requises par la définition d'une infraction, de même que l'automatisme empêchant une personne d'avoir l'intention requise par la définition d'une infraction, devraient constituer des moyens de défense complets, à moins que l'état dans lequel se trouvait l'accusé ne soit imputable à la faute ou à la négligence de celui-ci, et qu'il ne soit accusé d'une infraction dont l'élément moral est la négligence.**

***Solution n° 3* : Les règles relatives à l'intoxication et à l'automatisme devraient être modifiées afin que, sous réserve de la disposition concernant l'intoxication criminelle ou l'automatisme criminel, l'intoxication et l'automatisme constituent des moyens de défense complets; devrait constituer une infraction d'intoxication criminelle ou d'automatisme criminel, le cas échéant, le fait de causer des dommages à la personne ou au bien d'autrui sous l'empire d'une intoxication ou d'un automatisme que l'on peut reprocher à l'auteur du délit.**

La négligence permet d'obtenir l'acquittement du délinquant accusé d'autres infractions, mais ces cas ne présentent aucun problème. Bien que l'erreur de droit ne constitue pas, en général, un moyen de défense, des exceptions sont prévues à l'article 10 du document de travail 29. L'une a trait à l'ignorance de la loi en raison de la non-publication des textes législatifs. L'exception à la règle voulant que le citoyen connaisse le droit pénal est une concession faite au nom de l'équité et donc, elle se limite à bon droit, aux personnes qui prennent des mesures raisonnables et à qui on ne peut reprocher leur erreur ou ignorance.

Il en est de même pour les moyens de défense fondés sur la contrainte morale, la légitime défense et la défense des biens. Selon le document de travail 29, ces moyens de défense ne peuvent être invoqués que par les personnes dont la réaction peut être qualifiée de raisonnable dans les circonstances. Quiconque se défend en employant une force excessive par rapport au degré de force tenu pour raisonnable dans la loi, ne peut être acquitté pour la seule raison qu'il a commis une erreur. Il a soit commis une simple erreur de droit et, par conséquent, n'a pas d'excuse ou il essaie de contourner les

dispositions de la loi, ce qu'elle ne peut tolérer. (Bien entendu, l'usage d'une force excessive attribuable à une erreur de fait relative aux circonstances de l'affaire n'aurait pas les mêmes conséquences; comme dans le cas de toute erreur de fait, il suffirait qu'elle soit réelle.)

III. Quel degré de négligence devrait être exigé pour le délit de négligence et comment le définir?

Cette question est à la fois la plus facile et la plus difficile des trois. La plus facile, parce que tout le monde s'entend, dans le monde juridique du moins, pour dire que le degré de négligence susceptible d'engager la responsabilité pénale devrait être supérieur à celui qui fait naître une simple responsabilité civile[66]. La plus difficile, parce que tous les efforts déployés en vue de définir et de préciser exactement le degré de négligence requis ont été vains.

La jurisprudence dégage trois degrés différents de faute : l'insouciance, la négligence grave ou criminelle et la simple négligence civile. En droit, sinon dans le langage courant, l'insouciance renvoie d'ordinaire à la prise consciente d'un risque grave et injustifié. Le délinquant perçoit le danger mais prend quand même le risque. Au civil, la négligence consiste à ne pas prendre les précautions nécessaires, c'est-à-dire celles qu'aurait prises la personne raisonnable et prudente dans les circonstances. De deux choses l'une, ou le défendeur voit le danger mais prend le risque (le risque n'est pas grave ni injustifié au point que l'on puisse lui reprocher son insouciance) ou il ne perçoit pas le risque alors qu'il aurait dû. Entre le concept de la négligence civile et la notion d'insouciance se situe la négligence grave ou criminelle. Ce manquement à l'obligation de prudence est encore plus grave que celui que sanctionne le quasi-délit de négligence ordinaire.

Comment définir ce genre de négligence autrement que par l'adjonction du mot «grave», qui signifie simplement «beaucoup plus» que la négligence ordinaire mais ne précise pas le degré de gravité de la faute? Ou que par l'ajout d'un mot comme «criminel» qui n'apporte rien d'utile et veut simplement dire «assez grave pour être un délit» sans préciser le degré de gravité requis?

La difficulté tient au fait que nous ne pouvons quantifier l'inquantifiable. Il est vrai que la négligence criminelle devrait frapper un manquement plus grave à l'obligation générale de prudence que celui qui est visé par le quasi-délit de négligence civile comme l'indiquent les mots «grave» et «criminel». Il est impossible de quantifier le manquement parce qu'il est défini au moyen d'une métaphore. On ne peut pas plus déterminer les limites exactes de la négligence criminelle que l'on ne peut préciser

66. J.C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1983, p. 83-84; G. Côté-Harper et A. Manganas, *Droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1984, p. 268-270; J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Éditions Thémis, 1982, p. 115-116.

l'étendue de l'obligation générale de prudence, le degré de force qui est raisonnable et les autres expressions juridiques dont la définition est affaire d'appréciation. Nous en sommes réduits à employer un mot comme «grave» pour bien montrer qu'une négligence ordinaire ne suffit pas.

Par conséquent, le juge qui préside un procès pour homicide s'adressera ainsi au jury :

> Si vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable que le défendeur a causé la mort de la victime, il vous faut vous demander s'il a agi intentionnellement, par insouciance ou par négligence grave.
>
> A-t-il agi intentionnellement? Son but, peu importe ses raisons ou son mobile, était-il de tuer la victime? Si oui, si vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable que tel est le cas, vous devez le déclarer coupable de meurtre.
>
> Supposons que vous ne soyez pas convaincus qu'il ait accompli cet acte intentionnellement. A-t-il agi par insouciance? A-t-il tué la victime en l'exposant à un danger de mort évident et injustifiable? Savait-il que son comportement causerait très probablement la mort de la victime et que cet acte ne serait pas socialement justifié? Le comportement socialement justifié serait, par exemple, celui du chirurgien qui effectue une intervention délicate. Il sait, tout comme le patient, que cette intervention comporte de graves risques mais il les assume en vue d'améliorer l'état de santé du patient. Cela est permis par la loi. Si vous êtes convaincus qu'il a agi par insouciance, c'est-à-dire qu'il ne peut se réclamer d'aucune justification sociale, vous devez le déclarer coupable d'homicide involontaire.
>
> Supposons que vous ne soyez pas convaincus qu'il ait agi par insouciance. A-t-il pris moins de précautions qu'il aurait dû en prendre? Moins qu'une personne raisonnable aurait pris si elle avait été à sa place? Deuxièmement, parce que le seul fait de ne pas prendre toutes les précautions nécessaires ne suffit pas en droit pénal, ce manquement à l'obligation de prudence était-il si grave que l'on ne peut plus considérer la question comme une affaire privée donnant lieu à réparation par application des règles du droit civil mais comme une question d'intérêt public appelant la réprobation générale et l'infliction d'une peine par la voie du droit pénal. Si oui, vous devez le déclarer coupable d'homicide par négligence.
>
> Vous vous demandez peut-être ce qui distingue la négligence ordinaire de la négligence grave? Il n'existe pas de méthodes précises pour mesurer les degrés de négligence. Mais nous pouvons tous voir une différence entre un comportement un peu imprudent et une conduite très imprudente. Servez-vous de votre jugement et décidez si le défendeur pourrait être qualifié de *très* imprudent. C'est affaire d'appréciation.

Enfin, si vous n'êtes pas convaincus qu'il a commis une négligence grave, vous devez l'acquitter. Si vous estimez qu'il n'a pas été imprudent du tout ou qu'au plus il s'est montré un petit peu imprudent, c'est-à-dire qu'il a commis une négligence ordinaire, il faut l'acquitter.

RECOMMANDATION

9. Aux fins du droit pénal, la négligence devrait être définie simplement comme visant les cas de négligence graves ou les manquements graves à l'obligation générale de prudence.

CHAPITRE TROIS

La mise en danger

La question soulevée dans cette partie du présent document de travail est la suivante : la mise en danger devrait-elle engager la responsabilité pénale? Supposons que D mette, par insouciance, V en péril sans le blesser (il ne peut donc pas être accusé d'avoir causé des lésions corporelles), sans intention de le blesser (il ne peut donc pas avoir commis une tentative) et sans avoir perpétré d'infraction comme la conduite dangereuse, l'usage imprudent d'une arme à feu ou l'atteinte à la sécurité d'un aéronef en vol. Supposons que D soit simplement un cycliste, un patineur ou un skieur extrêmement insouciant, qui dévale les pentes et passe en trombe dans la foule au mépris de la sécurité des autres qui n'en sortent indemnes que par miracle. À l'heure actuelle, il n'encourt aucune responsabilité pénale. Faudrait-il changer cet état de choses? Devrions-nous créer une infraction générale de mise en danger par insouciance?

À proprement parler, cette question déborde le cadre d'un document consacré à la partie générale. Il est évident que la responsabilité ne peut être engagée qu'à raison de la création d'une infraction par un article figurant dans la partie spéciale. Cette disposition serait ajoutée, tout naturellement, au chapitre des infractions contre la personne dans la partie spéciale, comme c'est le cas dans le *Model Penal Code* et dans les codes pénaux des divers États qui s'en sont inspirés[67].

Toutefois, pour des raisons utilitaires, il convient d'examiner cette question dans le cadre du présent document. D'abord, elle concerne la création d'une infraction extrêmement générale analogue aux infractions inchoatives qui ont toujours été placées dans la partie générale. Ensuite, sa création soulève des problèmes fondamentaux dont la résolution nécessitera un examen des principes qui la sous-tendent. Or, les principes sont surtout formulés dans la partie générale.

En principe, en common law, la responsabilité résultait de la réalisation d'un dommage. En responsabilité civile délictuelle, la présence d'un défendeur lésé était essentielle. En droit pénal, du moins en ce qui concerne les principaux délits contre la personne ou les biens, il fallait une victime ayant subi un préjudice. Le meurtre, l'homicide involontaire, les voies de fait, le crime d'incendie, le vol, le vol qualifié, tous ces délits causaient des préjudices à des individus identifiables.

67. American Law Institute, *Model Penal Code*, Philadelphie, A.L.I., 1980.

Cependant, comme l'a souligné Bentham, le crime peut occasionner deux sortes de préjudices : en premier lieu, le préjudice primaire infligé à la victime, à savoir la mort, des lésions corporelles ou la perte d'un bien; en second lieu, il cause un préjudice secondaire à la collectivité, il trouble l'ordre social et engendre la peur et l'inquiétude, en général[68]. C'est pourquoi le crime est considéré comme une atteinte à l'ordre public, à la société en général.

Cela étant dit, la réalisation du dommage primaire ne constitue pas toujours en common law une condition nécessaire pour engendrer la responsabilité pénale. En effet, le préjudice secondaire suffit dans trois cas précis : (1) les infractions inchoatives et connexes, (2) la nuisance publique et (3) les diverses infractions de mise en danger spécialement prévues dans les textes législatifs.

Les infractions inchoatives forment une catégorie des plus visibles. Si A tente de blesser V, y incite B ou complote dans ce but avec C, il commet une infraction même si, en réalité, il n'a jamais levé la main sur V. La simple tentative, l'incitation ou le complot suffisent. Le dommage secondaire justifie l'intervention du droit pénal afin de prévenir le résultat nuisible avant qu'il ne soit réalisé. Les infractions inchoatives, de même que la complicité, font l'objet du document de travail 45.

Mis à part les infractions inchoatives, la plupart des systèmes de droit pénal prévoient de nombreuses infractions préliminaires qui sont consommées avant que le résultat nuisible incriminé par la loi ne soit réalisé. Le parjure est accompli, comme le soulignent les auteurs du *Model Penal Code*, même s'il n'a eu aucune influence sur le verdict. La corruption d'un fonctionnaire est réprimée même si elle n'a pas eu d'incidence sur les actions officielles[69]. La possession d'instruments pour contrefaire de la monnaie[70], la possession d'instruments d'effraction[71] et l'intrusion de nuit[72] en sont d'autres exemples types.

Nous abordons maintenant la deuxième catégorie de délits sans dommage primaire, à savoir celle des nuisances publiques. La nuisance en common law est définie, selon *Russell on Crime*[73], comme tout ce qui [TRADUCTION] «cause un préjudice, un inconvénient ou un dommage». La nuisance publique est celle qui [TRADUCTION] «gêne de façon matérielle le public et constitue un désagrément substantiel imposé à tous les sujets de Sa Majesté[74]». Ce délit peut être commis en [TRADUCTION] «faisant quelque chose qui tende à gêner le public», comme le fait d'obstruer une route, ou en [TRADUCTION] «négligeant de faire quelque chose d'essentiel au bien-être collectif», comme ne

68. *Op. cit. supra*, note 9, p. 152-163.
69. *Op. cit. supra*, note 67, p. 199.
70. *Code criminel*, art. 416.
71. *Code criminel*, par. 309(1).
72. *Code criminel*, art. 173.
73. J.W. Cecil Turner, *Russell on Crime*, vol. 2, 12e éd., Londres, Stevens, 1964, p. 1387.
74. *Ibid.*

pas inhumer un cadavre humain. En substance, pour reprendre les propos de lord Denning, une nuisance publique est une nuisance d'une telle ampleur ou dont les effets sont si généralisés qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'un individu prenne sur lui d'entamer des procédures pour y mettre fin. C'est à la société en général qu'il appartient plutôt de réagir[75].

Cependant, Stephen donne un cadre plus étroit à la nuisance publique. Il la définit comme [TRADUCTION] «un *acte non autorisé par la loi ou le défaut d'accomplir un devoir légal*, lesquels font obstacle à l'exercice des droits communs à tous les sujets de Sa Majesté ou nuisent ou causent un préjudice au public[76]» [C'est nous qui soulignons]. À la différence de Russell, Stephen considère qu'il ne suffit pas que l'acte ou l'omission tendent à gêner le public, ils doivent ne pas être autorisés par la loi.

Fidèle au point de vue exprimé par Stephen, le *Code criminel* reprend cette exigence dans la définition de la nuisance publique. Le paragraphe 176(2) du *Code criminel* dispose ce qui suit :

> [C]ommet une nuisance publique quiconque accomplit un acte illégal ou omet d'accomplir une obligation légale, et par là
>
> *a*) met en danger la vie, la sécurité, la santé, la propriété ou le confort du public, ou
>
> *b*) nuit au public dans l'exercice ou la jouissance d'un droit commun à tous les sujets de Sa Majesté au Canada.

Il est précisé au paragraphe 176(1) que quiconque commet une nuisance publique et par là met en danger la vie, la sécurité ou la santé du public est coupable d'un acte criminel.

Quelle que soit la définition retenue, celle de Russell, de Stephen ou du *Code criminel*, la pierre angulaire de la nuisance publique est le préjudice secondaire qu'il inflige, c'est-à-dire son effet sur le public. Il n'est ni nécessaire ni suffisant que des individus déterminés subissent un préjudice. Le danger ou l'inconvénient substantiel causé à la société en général constitue le cœur du délit.

La troisième et dernière catégorie regroupe les infractions de mise en danger spécialement prévues par les textes législatifs. Il en existe un bon nombre au Canada, comme dans la plupart des pays qui lui ressemblent. Pour des fins de commodité, nous les diviserons en trois sous-catégories : celles qui se rapportent à des activités dangereuses, celles qui concernent des choses dangereuses et celles qui ont trait à des armes dangereuses.

La plupart de nos infractions relatives à des activités dangereuses concernent le domaine des transports. Parmi celles-ci, les plus visibles sont les infractions relatives à la conduite automobile. Signalons la négligence criminelle dans la mise en service

---

75. *Attorney General* v. *P.Y.A. Quarries, Ltd.*, [1957] 1 All E.R. 894, p. 902.

76. J.F. Stephen, *op. cit. supra*, note 7, 1877, p. 108.

d'un véhicule à moteur[77], la conduite dangereuse[78], la conduite pendant que la capacité de conduire est affaiblie[79] et la conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg[80]. Il y a encore la conduite dangereuse d'un bateau (article 240), le fait de conduire un bateau avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg (article 240.2), le fait de conduire en mer un navire innavigable (article 243), le dérangement des signaux de marine (article 395), le fait de nuire aux moyens de transport (article 232) et le fait de porter atteinte à la sécurité d'un aéronef en vol (article 76.2). Dans toutes ces infractions, l'élément matériel n'est pas le dommage causé, car il se peut qu'il n'y en ait pas, mais plutôt le dommage qui aurait pu être causé.

Les infractions relatives aux «choses dangereuses» ont trait bien évidemment aux explosifs. Par exemple, commet une infraction quiconque ne prend pas les précautions nécessaires lorsqu'il a une substance explosive en sa possession ou sous son contrôle pour que cette substance ne cause ni blessures corporelles, ni dommages à la propriété, ni la mort de personnes (articles 77 et 78). Signalons une autre infraction similaire, le fait d'avoir en sa possession dans un endroit public «une substance volatile malfaisante, susceptible d'alarmer, de gêner ou d'incommoder une personne, ou de lui causer du malaise ou de causer des dommages à des biens ...» (alinéa 174*a*)). À ce sujet, il convient de souligner aussi le paragraphe 387(2) qui aggrave la peine prévue pour le méfait (emprisonnement de quatorze ans s'il s'agit de biens publics et de cinq ans dans le cas de biens privés). L'auteur du délit est passible d'un emprisonnement à perpétuité si le méfait «cause un danger réel pour la vie des gens».

Enfin, le *Code criminel* contient des infractions concernant les «armes dangereuses». Actuellement, les articles 82 à 106 forment un véritable minicode des armes à feu et autres armes offensives. En outre, le paragraphe 76.3(1) incrimine le fait de transporter une arme offensive à bord d'un aéronef.

Dès lors, il est évident que notre droit pénal n'ignore pas la mise en danger. Elle fait partie du domaine pénal, nous l'avons vu, grâce aux infractions inchoatives, au délit de nuisance publique et à la répression de certaines activités dangereuses. Mais l'approche retenue n'apporte que des solutions ponctuelles et ne s'appuie sur aucun principe. La question qui se pose est donc : faut-il aller plus loin et formuler un principe général pour incriminer la mise en danger par insouciance?

Cela n'aurait rien de nouveau, comme l'a souligné Smith[81]. En 1846 et au cours des deux années qui ont suivi, les membres de la commission de réforme du droit pénal anglaise ont recommandé la création de deux infractions générales de mise en danger.

---

77. *Code criminel*, par. 233(1).
78. *Code criminel*, par. 233(4).
79. *Code criminel*, par. 234(1).
80. *Code criminel*, par. 236(1).
81. K.J.M. Smith, «Liability for Endangerment: English *Ad Hoc* Pragmatism and American Innovation», [1983] *Crim. Law Rev.* 127, p. 129.

La première incriminait la mise en danger de la vie d'autrui avec intention criminelle[82], la deuxième le fait d'exposer, par négligence, la vie d'autrui à un danger[83]. Mais, en réalité, aucune de ces infractions n'a été admise par le droit pénal d'Angleterre.

Toutefois, au cours des dernières années, la situation a grandement évolué. Dans son rapport intitulé *Offences of Damage to Property*[84], publié en 1970, la commission anglaise a proposé l'incrimination du fait de causer des dommages à des biens [TRADUCTION] «dans l'intention de mettre en danger la vie d'autrui ou avec insouciance et sans égard au risque créé pour la vie d'autrui» parce qu'autrement [TRADUCTION] «une lacune importante n'est pas corrigée, laquelle profite surtout au délinquant insouciant au point de mettre en danger la sécurité des autres sans toutefois leur causer de préjudice[85]». Cette recommandation a été intégrée dans le *Criminal Damage Act 1971*[86]. Il s'agit d'une extension notable du droit anglais bien que les nouvelles infractions de mise en danger soient associées à un délit de dommage criminel ou méfait, contrairement à l'infraction proposée en 1845.

Beaucoup plus respectueuse de la proposition de 1845, une disposition relative à la mise en danger a été récemment formulée dans le cadre du *Model Penal Code* américain[87]. L'article 211.2 porte qu'une infraction de mise en danger par insouciance est commise par toute personne [TRADUCTION] «dont la conduite insouciante met ou peut mettre en péril la vie d'une autre personne ou l'exposer à de graves lésions corporelles». Cette disposition précise que [TRADUCTION] «la présence de l'insouciance et du péril sera présumée lorsqu'une personne pointe sciemment une arme à feu en direction d'une autre, peu importe que l'agent pense que cette arme est chargée ou non».

La position du *Model Penal Code* a été reprise dans la plupart des codes pénaux des États ainsi que dans le nouveau projet de code fédéral. Comme l'a fait remarquer Smith, cependant, les dispositions varient énormément selon les États, principalement en ce qui concerne le degré de risque requis, la nécessité d'un danger réel ou simplement éventuel, la gravité du délit et les peines encourues ainsi que les principes directeurs en matière de poursuite[88]. En dépit de cette différence, la nécessité de la répression pénale de la mise en danger est largement reconnue aux États-Unis. Parmi les comportements ainsi prohibés, citons le fait de décharger une arme à feu dans une foule, d'empoisonner l'eau d'un puits servant à l'alimentation en eau potable, le fait d'ouvrir un pont alors qu'une file d'automobilistes s'apprêtent à le traverser, les affaires relatives aux armes à feu et aux automobiles, et même un cas particulier, une grève de pompiers.

---

82. Criminal Law Commissioners, *Second Report*, Londres, HMSO, 1846, chap. 1, part. 7, art. 4.
83. *Id.*, art. 5.
84. English Law Commission, *Offences of Damage to Property [Report No. 29]*, Londres, Professional Books, 1970.
85. *Id.*, p. 10-11, par. 25.
86. *Criminal Damage Act 1971* (R.-U.), chap. 48.
87. *Op. cit. supra*, note 67.
88. *Loc. cit. supra*, note 81, p. 132.

Plusieurs pays non régis par le common law admettent la nécessité de réprimer ce genre de comportement. Le code pénal de Suède[89], par exemple, incrimine à l'article 9 le fait [TRADUCTION] «d'exposer un autre à un danger». Le code pénal de la république populaire de Pologne[90] punit le fait d'exposer un être humain à un danger immédiat de mort ou de lésions corporelles graves, ou de compromettre sérieusement sa santé. La solution retenue par le code pénal autrichien[91] est particulièrement intéressante. D'abord, à l'article 334, il incrimine les actions et omissions qui causent des dommages ou qui sont susceptibles d'en causer, et il prévoit de nombreuses infractions de mise en danger de la santé et de l'intégrité physique dans les chapitres IX et X. Ensuite, il précise à l'article 431 [TRADUCTION] «qu'il est impossible d'énumérer les infractions mineures (*misdemeanors*) qui peuvent mettre en péril la sécurité» et donc [TRADUCTION] «que chaque action ou omission mentionnée à l'article 335 sera punie comme une infraction mineure ... même si elle n'a pas réellement causé de dommages».

Donc, l'idée d'une infraction générale de mise en danger n'est pas nouvelle. Elle a été proposée il y a plus de cent ans en Angleterre; elle a été reconnue dans la plupart des codes américains au cours des vingt dernières années et elle est admise par plusieurs codes européens. Cependant, au Canada, nous l'avons vu, la mise en danger n'intéresse le droit pénal que de façon sporadique et les solutions retenues sont improvisées.

On peut se poser la question suivante : un nouveau code pénal devrait-il emboîter le pas? Devrait-il, à l'instar des autres codes pénaux précités, contenir une infraction de mise en danger? Un délit aussi général devrait-il remplacer ou compléter les dispositions plus spécifiques actuellement en vigueur? Quels devraient être les éléments matériel et moral d'un tel délit?

I. L'infraction générale de mise en danger

D'abord, faudrait-il créer un délit général de mise en danger par insouciance? L'une des objections les plus évidentes à l'intégration d'un tel délit au code pénal concerne le champ d'application du droit pénal. La portée du droit pénal serait élargie au-delà de son domaine véritable, c'est-à-dire celui du dommage réel. Cela signifierait que quantité d'actes de mise en danger par insouciance (et peut-être simplement par négligence) qui n'engagent même pas la responsabilité civile, mettraient en jeu la responsabilité pénale, même si cette dernière est communément tenue pour beaucoup plus grave que la première.

Toutefois, cette objection peut être facilement écartée. En premier lieu, la mise en danger par insouciance est actuellement punissable lorsqu'elle cause la mort ou des dommages. Elle demeure impunie dans le cas contraire. Au nom de quel principe

89. *The Swedish Penal Code* (1965), et ses modifications en vigueur en janvier 1972.

90. *The Penal Code of the Polish People's Republic* (1970), art. 160.

91. *The Austrian Penal Act* (1852 et 1945), et ses modifications en vigueur en 1965.

logique peut-on justifier l'application de cette solution dans le cas où le résultat est tout à fait étranger à la volonté de l'auteur du délit? Pourquoi d'une part faire bénéficier ce dernier de la chance de la victime qui s'en sort indemne et d'autre part lui imposer son infortune? En deuxième lieu, la responsabilité civile délictuelle reposant sur le dommage subi, passe sous silence la relative gravité de la responsabilité, civile ou pénale. Cela est dû au fait que les règles de la responsabilité civile délictuelle ont pour objet d'obtenir réparation pour le dommage réellement causé. Ceux qui n'ont pas subi de dommage n'ont d'ordinaire aucune raison de demander réparation.

Une seconde objection concerne la certitude du préjudice. Si V subit un préjudice à cause du comportement de D, on peut aisément déduire que ce comportement a mis V en danger. Le fait que sa conduite ait causé un préjudice prouve que celle-ci risquait de causer un dommage. En l'absence de préjudices réels, la probabilité du dommage est beaucoup moins certaine. Pour plus de certitude, le droit pénal devrait sans doute se limiter aux conduites clairement dommageables.

Cette objection peut, elle aussi, être facilement réfutée. La réalisation d'un dommage est simplement un indice permettant de conclure à l'existence du risque. Un acte nullement considéré comme risqué peut fort bien causer un dommage par hasard. De même, un acte clairement téméraire et dangereux peut miraculeusement n'en produire aucun. Pourtant, on peut prétendre que tout code pénal cohérent ne devrait pas incriminer la première conduite mais qu'il serait raisonnable, au contraire, de réprimer le deuxième comportement.

La troisième objection concerne la protection des valeurs communément admises. La Commission a soutenu dans un autre ouvrage que la fonction du droit pénal est de dénoncer les atteintes portées aux valeurs fondamentales de la société[92]. L'homicide et les autres crimes de violence portent directement atteinte aux valeurs fondamentales que représentent la vie, la sécurité et l'intégrité corporelle, et leur répression relève tout naturellement du domaine pénal. En revanche, l'insouciance abstraite (comportement qui ne crée en réalité aucun dommage réel mais fait naître un risque de dommage, souvent pour l'agent lui-même d'ailleurs) ne devrait pas être considérée comme une attaque directe contre les valeurs fondamentales de la société mais plutôt comme un manque de prudence, et donc, ne devrait pas être visée par le *Code criminel*.

Ici encore, les arguments ressemblent à ceux qui ont été avancés pour réfuter la deuxième objection. La tentative d'assassinat commise par D sur la personne de V constitue une atteinte aux valeurs fondamentales de la société, peu importe que la tentative ait réussi ou non. La réalisation du dommage n'a aucune incidence sur la culpabilité de D, ni sur le danger et la menace qu'il représente pour la société. C'est ce qui explique d'ailleurs que notre droit pénal incrimine les infractions inchoatives en plus des infractions consommées. En effet, tout acte de D qui manifesterait un mépris téméraire pour la sécurité de V, portera atteinte aux valeurs fondamentales de la société, peu importe que V s'en sorte indemne ou non. Ici aussi, le fait que le résultat recherché

92. *Op. cit. supra*, note 60, p. 16-17.

n'ait pas été réalisé n'a aucune influence sur la culpabilité de D, sur son caractère dangereux et sur la menace qu'il représente. D'où la solution retenue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lajoie*[93]. Elle a suppléé au meurtre prévu au sous-alinéa 212*a*)(ii) (mort causée par le défendeur qui a l'intention de causer des lésions corporelles qu'il sait être de nature à causer la mort) une infraction inchoative de meurtre (lorsque la victime ne meurt pas mais que l'agresseur sait que les lésions corporelles infligées sont de nature à causer la mort, etc.). On peut toutefois déplorer que cette interprétation ait nécessité l'extension du mot «tentative».

Outre ces arguments, des raisons plus positives peuvent justifier la création d'une infraction générale de mise en danger par insouciance. En premier lieu, une telle mesure signifierait que, comme cela se fait dans de nombreux autres pays, notre droit pénal, selon les termes des auteurs du *Model Penal Code*, [TRADUCTION] «comporterait une disposition compréhensive visant la conduite dangereuse ... qui ... reprendrait l'essentiel des éléments des multiples articles punissant l'un ou l'autre des facteurs de création de risques ... et ... constituerait une synthèse des dispositions spéciales du droit antérieur[94]». En deuxième lieu, le pragmatisme céderait la place à une règle normative. En troisième lieu, les autorités pourraient intervenir plus tôt, plus facilement et ainsi pourraient prévenir la réalisation du dommage. Enfin, pour faire suite aux arguments précités, le simple mépris téméraire de la sécurité d'autrui mérite certainement d'être dénoncé, sanctionné et réprouvé à titre d'atteinte grave à une valeur fondamentale de la société. Pour ces motifs, l'ajout d'une infraction de mise en danger par insouciance au nouveau code pénal nous semble nécessaire.

RECOMMANDATION

10. Une infraction générale de mise en danger devrait figurer au nouveau code pénal, au chapitre des infractions contre la personne.

II. Remplacer ou compléter?

Il convient ensuite de se demander si la nouvelle infraction générale de mise en danger devrait remplacer ou compléter le délit de nuisance publique et les diverses infractions spécifiques de mise en danger. La logique et la cohérence voudraient que la nouvelle infraction générale remplace les dispositions actuelles. Cette solution satisferait la logique car elle empêcherait tout recoupement, évitant la redondance et peut-être aussi les incompatibilités. En outre, elle constituerait une solution cohérente parce qu'un principe général remplacerait des dispositions spéciales.

93. *Lajoie* c. *La Reine*, [1974] R.C.S. 399.

94. *Op. cit. supra*, note 67, p. 198.

Néanmoins, pour des raisons tout à fait pragmatiques, l'autre solution pourrait être retenue. La nouvelle infraction générale pourrait plutôt compléter les règles actuelles. D'abord, il serait peut-être nécessaire de conserver le délit de nuisance publique dans une formule revue et élargie afin de viser non seulement le danger mais aussi les inconvénients importants causés au public. Après tout, le type de nuisance publique le plus évident en common law était l'obstruction d'une route, acte qui peut ne pas comporter de dangers réels ni même éventuels de danger. Un autre document de travail sera consacré à la nuisance. Dans l'intervalle, nous préférons ne pas supprimer cette infraction.

Ensuite, une infraction générale de mise en danger ne pourrait pas, à l'heure actuelle, remplacer facilement les divers délits spéciaux concernant les explosifs, les armes à feu, la conduite automobile, etc. À notre avis, cela est dû au fait que le public considère que de tels dangers doivent être incriminés au moyen d'une infraction spéciale. Il y a aussi que certains de ces délits, ceux qui se rapportent aux armes à feu et à la conduite automobile en particulier, exigent un régime compréhensif, d'ailleurs en place, qui ne vise pas que la simple mise en danger. Enfin, le danger que visent les infractions doit être apprécié par des experts en matière technique et scientifique plutôt que d'être laissé au sens commun. Par conséquent, même si nous prévoyons examiner en temps utile ces infractions individuellement en vue de les améliorer, nous estimons qu'il ne convient pas de les remplacer par une infraction générale de mise en danger.

À notre avis, une infraction générale de mise en danger aurait deux fonctions. En premier lieu, elle permettrait de dégager le principe général qui sous-tend toutes les infractions plus spécifiques de mise en danger. En deuxième lieu, elle constituerait une infraction résiduelle permettant de frapper des comportements qui méritent clairement d'être dénoncés pour leur témérité mais qui ne sont pourtant pas visés par les infractions plus spécifiques. Comme dans de nombreux autres codes auxquels nous avons fait référence, l'infraction générale ne remplacerait pas dans notre code les infractions plus spécifiques, elle les compléterait.

RECOMMANDATION

11. L'infraction de mise en danger ne devrait pas remplacer mais bien compléter l'infraction de nuisance publique et les autres infractions participant de la mise en danger.

III. Les éléments matériel et moral

Quelle serait l'étendue d'une infraction générale de mise en danger? Une conduite dangereuse peut compromettre la vie, la sécurité, la propriété et le confort d'autrui. En effet, dans le *Code criminel*, la nuisance publique est définie (mais non incriminée) à l'alinéa 176(2)*a*) qui fait référence à la mise en danger de «la vie, la sécurité, la santé, *la propriété ou le confort du public* ...» [C'est nous qui soulignons]. De même, on

trouve à l'article 77 l'obligation générale de prudence imposée aux personnes qui ont en leur possession des substances explosives ou exercent un contrôle sur elles «de prendre des précautions raisonnables pour que cette substance explosive ne cause ni blessures corporelles, ni *dommages à la propriété*, ni la mort de personnes» [C'est nous qui soulignons]. Ajoutons encore un exemple : l'alinéa 174*a*) incrimine le fait d'avoir en sa possession dans un endroit public «une substance volatile malfaisante, susceptible *d'alarmer, de gêner ou d'incommoder une personne, ou de lui causer du malaise ou de causer des dommages à des biens* ...» [C'est nous qui soulignons].

Tous les exemples précités se distinguent par des éléments spéciaux. La première infraction, la nuisance publique, a précisément une dimension publique, elle fait mention, entre autres, de la vie «du public». La seconde se rapporte à un danger particulier comportant des risques particuliers. La troisième concerne un risque similaire spécifique extrêmement grave. Dans tous ces cas, donc, il semble raisonnable d'étendre le champ d'application de la loi pour tenir compte des risques représentés pour la commodité, le confort et la propriété du public. Ceux qui sont affectés à la manutention des explosifs et des substances volatiles doivent prendre des précautions supplémentaires.

On ne peut certainement pas appliquer cette règle à notre comportement habituel. Beaucoup de nos gestes comportent dans une certaine mesure un risque pour autrui. Leur vie, leur sécurité, leur confort et leur propriété peuvent être menacés. Mais il est impossible de conjurer complètement le danger, sous peine de paralyser toute initiative. Bien évidemment, un équilibre entre le risque et l'action doit être atteint.

À notre avis, en l'absence de facteurs spéciaux comme ceux que nous avons mentionnés ci-dessus, un juste équilibre pourrait être atteint de la façon suivante : les conduites mettant en danger le confort et la propriété individuels devraient continuer de relever du droit civil qui se prête mieux à l'obtention d'une injonction et à l'indemnisation des parties. Les comportements mettant en danger le confort et la propriété publics devraient continuer d'être visés par l'infraction spéciale de nuisance publique. Cependant, les agissements mettant en danger la vie et la sécurité individuelle devraient être frappés par une nouvelle infraction générale en raison du prix attaché par la société à ces valeurs. La question de savoir s'il convient de créer une infraction distincte pour la mise en danger de l'environnement sera tranchée par la section de recherche sur la protection de la vie. Par conséquent, nous proposons que notre nouveau code pénal, à l'instar des codes mentionnés ci-dessus, limite la portée de l'infraction générale de mise en danger à la conduite entraînant un danger de mort ou de lésions corporelles graves.

Bien entendu, un comportement peut être conditionné par des actions, des omissions ou des circonstances. Il est évident que les actions qui mettent en danger la sécurité seraient visées par l'infraction. Il est tout aussi clair que les situations qui ne mettent que rarement la sécurité en danger devraient relever des infractions spéciales de mise en danger, le cas échéant. Cependant, qu'en serait-il des omissions?

L'omission engage la responsabilité dans trois cas : lorsqu'il s'agit d'une omission fictive (pseudo-inaction), lorsque l'omission est spécifiquement interdite par la loi et lorsque l'omission provoque un résultat dommageable réprimé par un délit matériel. Les omissions fictives sont en réalité des actes et ils seraient visés par l'infraction. Les omissions spécialement prohibées seraient criminelles en elles-mêmes et ne tomberaient pas sous le coup de l'infraction générale. Les omissions qui provoquent un résultat dommageable réprimé par un délit matériel (commission par omission) ne sont pas aussi faciles à distinguer.

Qu'est-ce qu'un délit matériel? Il s'agit d'une infraction caractérisée par son résultat, c'est-à-dire par le fait dommageable qui est un élément même du délit. Mais qu'arrive-t-il si seule l'éventualité d'un dommage est soulevée, si l'omission ne fait naître qu'un risque ou un danger? À notre avis, selon la tradition, les délits matériels ne comprennent que les infractions effectivement consommées par la réalisation du dommage. Le principe général de la modération qui doit marquer l'usage du droit pénal veut que cette théorie l'emporte. Quoi qu'il en soit, il convient de remarquer que les diverses infractions spécifiques de mise en danger, selon leurs différentes définitions, peuvent quand même être commises par une omission, par exemple la conduite dangereuse. Cependant, l'infraction générale de mise en danger ne devrait pas pouvoir être commise par omission.

Enfin, quel devrait être l'élément moral de l'infraction générale de mise en danger? Ailleurs, nous avons fait valoir que la commission d'une infraction pénale exigeait d'ordinaire une intention, une connaissance ou de l'insouciance[95]. Par exception, nous l'avons vu[96], lorsque la mort ou des lésions corporelles graves sont infligées, nous recommandons que la négligence grave ou criminelle engage la responsabilité.

Compte tenu de ces arguments, nous avançons ce qui suit : premièrement, il conviendrait que l'insouciance engage la responsabilité pénale. La personne qui met sciemment la vie d'autrui en danger ou l'expose à des lésions corporelles graves mérite clairement de tomber sous le coup de la loi pénale. Deuxièmement, en raison du risque de dommage il conviendrait aussi que la négligence grave engage la responsabilité pénale. Si la mort et des lésions corporelles graves suffisent pour incriminer la négligence grave, le risque de mort et de lésions corporelles graves devrait également suffire.

RECOMMANDATIONS

12. L'infraction générale de mise en danger devrait être limitée aux actes entraînant un danger de mort ou de lésions corporelles graves.

13. L'élément moral requis pour l'infraction générale de mise en danger devrait être la négligence grave.

---

95. *Op. cit. supra*, note 13, p. 23-36.

96. Recommandations 7 et 9, p. 27 et 34.

Sommaire des recommandations

1. De façon générale, nul ne devrait être tenu pénalement responsable d'une inaction.

2. Quiconque crée un danger ou est en mesure de le neutraliser, devrait être tenu de prendre des mesures raisonnables pour empêcher qu'il ne cause un préjudice à autrui.

3. La partie générale devrait énoncer que toute personne a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour fournir les choses nécessaires à la vie à son époux, à son enfant et à tout autre membre de sa famille qui vit avec elle au foyer familial.

4. (1) La partie générale devrait énoncer que toute personne est tenue de prendre des mesures raisonnables pour accomplir tout acte entrepris, à titre gracieux ou autrement, et dont l'inexécution mettra la vie en péril.

(2) Nul ne devrait être tenu d'entreprendre ou de continuer un traitement médical si celui-ci est inutile sur le plan thérapeutique ou si le patient s'y oppose.

5. La partie générale devrait énoncer que toute personne a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour fournir l'aide nécessaire aux personnes qui participent avec elle à une activité dangereuse.

6. La partie spéciale devrait énoncer que commet un crime quiconque néglige de prendre des mesures raisonnables pour porter secours à toute personne qu'il sait menacée par un danger grave et immédiat, sauf s'il ne peut le faire sans s'exposer, ou exposer autrui, à de graves dangers ou s'il existe un autre motif valable.

7. Devraient constituer des infractions criminelles le fait de causer la mort d'autrui par négligence et le fait de causer des lésions corporelles graves à autrui par négligence.

8. *Solution n° 1* : Les règles relatives à l'automatisme et à l'intoxication formulées dans le document de travail 29 devraient être conservées.

Solution n° 2 : **L'intoxication empêchant une personne d'avoir l'intention ou la connaissance requises par la définition d'une infraction, de même que l'automatisme empêchant une personne d'avoir l'intention requise par la définition d'une infraction, devraient constituer des moyens de défense complets, à moins que l'état dans lequel se trouvait l'accusé ne soit imputable à la faute ou à la négligence de celui-ci, et qu'il ne soit accusé d'une infraction dont l'élément moral est la négligence.**

Solution n° 3 : **Les règles relatives à l'intoxication et à l'automatisme devraient être modifiées afin que, sous réserve de la disposition concernant l'intoxication criminelle ou l'automatisme criminel, l'intoxication et l'automatisme constituent des moyens de défense complets; devrait constituer une infraction d'intoxication criminelle ou d'automatisme criminel, le cas échéant, le fait de causer des dommages à la personne ou au bien d'autrui sous l'empire d'une intoxication ou d'un automatisme que l'on peut reprocher à l'auteur du délit.**

9. Aux fins du droit pénal, la négligence devrait être définie simplement comme visant les cas de négligence graves ou les manquements graves à l'obligation générale de prudence.

10. Une infraction générale de mise en danger devrait figurer au nouveau code pénal, au chapitre des infractions contre la personne.

11. L'infraction de mise en danger ne devrait pas remplacer mais bien compléter l'infraction de nuisance publique et les autres infractions participant de la mise en danger.

12. L'infraction générale de mise en danger devrait être limitée aux actes entraînant un danger de mort ou de lésions corporelles graves.

13. L'élément moral requis pour l'infraction générale de mise en danger devrait être la négligence grave.